

La qualification des contrats : aspects pratiques

Pascal Fréchette

Volume 51, numéro 2, juin 2010

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/045635ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/045635ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Fréchette, P. (2010). La qualification des contrats : aspects pratiques. *Les Cahiers de droit*, 51(2), 375–424. <https://doi.org/10.7202/045635ar>

Résumé de l'article

La détermination de la nature du contrat passe par l'analyse des obligations en vue de déterminer l'obligation fondamentale ou la prestation caractéristique du contrat. Tout processus de qualification entraîne l'application d'un ou plusieurs régimes législatifs spécifiques. Le législateur a cru bon, au fil du temps, de réglementer diverses formes contractuelles, en particulier les contrats nommés. Sont opposés à ceux-ci les contrats innommés, pure création extralégislative.

Dans sa pratique, le juriste tentera d'abord de lier le contrat aux modèles nommés connus et prévus par le législateur, que ce soit en lui donnant un seul nom ou en reconnaissant la nature mixte de la convention. L'indivisibilité des obligations tend vers la qualification unitaire, tandis que l'impossibilité de hiérarchiser les obligations tend vers la qualification distributive.

Dans l'éventualité où ces tentatives ne seraient pas concluantes, une qualification innommée devrait être choisie. Il faut, par ailleurs, distinguer l'innommé qui dérive d'un autre contrat connu (atypique) de l'innommé qui est une création originale (typique).

La qualification des contrats : aspects pratiques*

Pascal FRÉCHETTE**

La détermination de la nature du contrat passe par l'analyse des obligations en vue de déterminer l'obligation fondamentale ou la prestation caractéristique du contrat. Tout processus de qualification entraîne l'application d'un ou plusieurs régimes législatifs spécifiques. Le législateur a cru bon, au fil du temps, de réglementer diverses formes contractuelles, en particulier les contrats nommés. Sont opposés à ceux-ci les contrats innommés, pure création extralégislative.

Dans sa pratique, le juriste tentera d'abord de lier le contrat aux modèles nommés connus et prévus par le législateur, que ce soit en lui donnant un seul nom ou en reconnaissant la nature mixte de la convention. L'indivisibilité des obligations tend vers la qualification unitaire, tandis que l'impossibilité de hiérarchiser les obligations tend vers la qualification distributive.

Dans l'éventualité où ces tentatives ne seraient pas concluantes, une qualification innommée devrait être choisie. Il faut, par ailleurs, distinguer l'innommé qui dérive d'un autre contrat connu (atypique) de l'innommé qui est une création originale (typique).

* Le présent texte est une version partielle et remaniée d'un mémoire de maîtrise rédigé sous la direction du professeur Benoît Moore de l'Université de Montréal. Une version abrégée du mémoire a remporté le Concours juridique 2008 de la Fondation du Barreau du Québec dans la catégorie «Manuscrit d'article juridique». Le mémoire a également remporté le prix Henri-Capitant 2009.

** LL.M. (Université de Montréal), LL.B. (Université de Sherbrooke); doctorant en droit à l'Université Laval; chargé de cours à l'Université de Sherbrooke.

The nature of a contract is determined by the analysis of the obligations contained in the contract and the identification of a «fundamental obligation» or a «characteristic prestation». Any characterization process aims towards the application of one or several specific legal regimes. The law recognizes many contractual forms, which are deemed «nominate contracts», as opposed to «innominate contracts», which are the result of a practical application.

Once the fundamental obligations are identified, the jurist will try to associate a given contract with the nominate contracts. It may be related to a single nominate contract or to several of them in the case of a mixed contract. Indivisibility of obligations points in the way of a singular characterization, while absence of hierarchy points in the way of a distributive characterization.

If nominate contracts are inapplicable, an innominate contract will be found to exist. Different innominate contracts must be distinguished as they can be atypical (when derived from known models) or typical (when constituting original creations).

	Pages
1 Les qualifications nommées.....	380
1.1 La qualification unitaire.....	381
1.1.1 La notion de contrat nommé.....	382
1.1.1.1 Des considérations historiques.....	383
1.1.1.2 Un concept limité au <i>Code civil du Québec</i>	385
1.1.2 L’indivisibilité des obligations au contrat.....	388
1.1.3 Une démarche propre à chaque contrat nommé.....	391
1.2 La qualification distributive.....	393
1.2.1 La notion de contrat mixte.....	394
1.2.2 L’impossibilité de hiérarchiser les obligations.....	396
1.2.3 L’incidence de la nature des obligations en cause.....	399
1.2.3.1 La distribution qualificative selon les phases d’exécution.....	400
1.2.3.2 La distribution qualificative selon la prestation en cause.....	400
2 Les qualifications innommées.....	401
2.1 La qualification de l’innommé comme catégorie distincte.....	402
2.1.1 L’évolution du contrat innommé.....	402
2.1.2 La survie du contrat innommé à sa reconnaissance.....	405
2.2 La qualification subsidiaire.....	407

2.2.1 L'innommé fusionné ou atypique.....	411
2.2.2 L'innommé autonome ou typique	414
Conclusion.....	418

Dans un texte paru récemment, nous avons voulu encadrer le processus de qualification des contrats afin de décrire une démarche qui exclut, autant que faire se peut, la subjectivité de l'interprète dans la détermination de la nature du contrat¹.

Nous avons vu que la recherche de la nature véritable du contrat n'a pas suscité les passions en droit québécois. Personne ne s'est jamais véritablement donné de critère ou de test devant mener à la qualification. Comment décider qu'un certain contrat est une vente, un louage ou un contrat qui n'entre dans aucune des catégories existantes ? Dans le contexte de la recherche d'un critère permettant ce choix, nous avons conclu qu'il faut mettre de côté des concepts mal adaptés à la réalité de la qualification, tels que l'objet et la cause du contrat, et plutôt choisir comme critère de qualification l'obligation fondamentale ou la prestation caractéristique issue d'un contrat. Il s'agit en effet de l'obligation donnant tout son sens au contrat, sans laquelle la relation contractuelle ne présenterait plus d'intérêt suffisant pour les parties en cause. Un effort de hiérarchisation permet donc de la découvrir, en relativisant les obligations accessoires. La mise en évidence de cette obligation passe par un processus en principe indépendant de la volonté des parties, le tribunal se réservant le droit de qualifier ou de requalifier² le contrat, que ce soit pour des motifs d'ordre public ou de stabilité juridique.

Il importait, à notre avis, de mettre en relief un tel processus. À défaut de reconnaître et d'établir un mode de reconnaissance de la nature des conventions, le juriste serait condamné à la confusion, la dispersion et au manque de méthode³. Plus une matière se diversifie, plus il devient

1. Voir Pascal FRÉCHETTE, «La qualification des contrats : aspects théoriques», (2010) 51 *C. de D.* 117.

2. Il sera question de requalification si les parties avaient déjà qualifié le contrat lors de sa formation. Le tribunal tient alors pour acquis que les parties avaient le pouvoir de le faire et que cette qualification a un effet quelconque.

3. Jean-Francis OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, coll. «Bibliothèque de droit privé», Paris, L.G.D.J., 1969, p. 12.

nécessaire de la structurer⁴ pour en augmenter la prévisibilité⁵. L'étude du processus de qualification doit donc servir à encadrer la diversification des techniques contractuelles entraînée par le développement économique⁶. La multiplication et la complexification des transactions sont susceptibles d'engendrer des questions délicates de qualification⁷. La coentreprise (*joint venture*) est-elle un contrat de société ? Le contrat de consignation est-il un contrat de service ? Le contrat de subordination est-il assimilé au cautionnement ? Le contrat de courtage immobilier est-il un mandat ? L'imagination des justiciables ne connaissant aucune limite, la façon de déterminer la nature du contrat doit être clairement établie pour faire face à toutes les situations.

Un procédé indépendant ayant été ainsi jalonné⁸, nous pouvons procéder, dans le présent texte, à l'étude des différents résultats issus de la qualification. Cette dernière a ultimement pour objet l'application d'un régime juridique, qu'il soit ou non précisément prévu par le législateur. En effet, ce processus n'a d'utilité qu'en considérant les possibilités de solution offertes au juriste. Quels sont les choix qui s'offrent à lui lorsqu'il doit déterminer le régime juridique applicable au contrat ? Une fois les obligations du contrat relativisées, comment la qualification s'accomplit-elle en pratique ?

En matière contractuelle, le législateur a encadré, pour des motifs d'ordre public ou de prévisibilité, les conventions qu'il juge les plus courantes et les plus importantes : les contrats nommés. Pour chacun d'entre eux, il a édicté une série de règles qui sont soit obligatoires, soit supplétives. La qualification permettra de faire le départ entre ce qui reste du domaine de la liberté et ce qui reste du domaine de l'obligation légale⁹.

4. *Id.*

5. Xavier HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, thèse de doctorat, Nancy, Faculté de droit, sciences économiques et gestion, Université de Nancy II, 1992, p. 7.

6. *Id.*

7. Loïc CADIET, « Interrogations sur le droit contemporain des contrats », dans Loïc CADIET (dir), *Le droit contemporain des contrats. Bilan et perspective*, Paris, Economica, 1987, p. 7, à la page 19. Voici divers exemples : l'*intensité de l'obligation* (dans le cas d'un contrat de transport de personnes, le transporteur est tenu à une obligation de résultat) ; le *tribunal compétent* (l'existence d'un bail de logement entraîne la juridiction de la Régie du logement) ; la *validité du contrat* (la donation entre vifs sans désaisissement immédiat est nulle).

8. Pour l'ensemble des développements à ce sujet, voir *supra*, note 1.

9. Bruno PETIT, *J.-Cl. rép. not.*, v^o *Contrats et obligations*, fasc. 1-2, n^o 34.

Elle permettra également de distinguer deux institutions ayant des traits communs¹⁰.

L'analyse des obligations comprises dans les contrats devrait mener l'interprète à considérer les différentes qualifications nommées que le législateur met à sa disposition. En cas de contrat complexe, il faudra s'interroger sur la nécessité de donner à la convention une qualification unique ou distribuer celle-ci selon les types de contrats envisagés. Le contrat de vente dans le contexte duquel l'installation est comprise est-il également un contrat de service ou demeure-t-il un simple contrat de vente? À cet égard, le juriste sera en droit de s'interroger sur la limite entre le contrat à qualification unique et le contrat mixte. Nous verrons que cette limite est fonction de la hiérarchie des obligations au contrat et de l'indivisibilité des obligations entre elles.

Il y a toutefois une multitude de conventions qui n'entrent pas dans ces catégories. En droit civil, les parties sont libres de créer toute convention qui ne va pas à l'encontre de l'ordre public. Les parties ont pu vouloir échapper aux cadres rigides existants que sont les contrats nommés. Naissent alors les contrats innommés, issus de la pratique. Comment ces nouvelles conventions s'intègrent-elles aux modèles connus? Comment sont-elles reconnues? Nous verrons notamment que l'innommé peut soit dériver de modèles connus, soit constituer une création originale.

Bref, la qualification permet de reconnaître le contrat à l'étude, de lui donner un nom. Le plus souvent, le législateur s'est déjà donné cette peine. Lorsqu'un contrat à l'étude correspond aux modèles légaux, une qualification nommée sera choisie (section 1). Parfois, il est impossible de donner un nom à la convention, car les modèles législatifs ne rendent pas justice à la convention étudiée. Le juriste devrait alors conclure à une qualification innommée (section 2).

Il aurait d'abord été aisé de penser que la distinction entre les contrats nommés et les contrats innommés n'a que peu d'utilité, compte tenu du fait que toutes les conventions sont soumises aux règles générales du *Code civil du Québec*¹¹ applicables à toutes les obligations. Évidemment, il n'en est rien puisque la distinction entre tous ces concepts est capitale dans la détermination des effets des différents contrats. Chaque contrat nommé entraînera donc l'application d'un régime juridique distinct prévu dans le Code civil, tandis que le contrat innommé aura pour conséquence de rejeter,

10. Maurice TANCELIN, *Sources des obligations*, vol. 1 «L'acte juridique légitime», Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 151. Ainsi, seront distingués par exemple, le crédit-bail du simple bail, le mandat par rapport au dépôt, la donation par rapport au prêt à usage.

11. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64.

en principe, l'application de toute règle propre aux types de contrats existants. De plus, lorsque la qualification aura permis cette catégorisation du contrat, le juriste sera en mesure de déterminer le régime juridique applicable, ce qui entraînera des conséquences capitales sur divers éléments dont l'intensité d'une obligation, la détermination du tribunal compétent ou même la validité du contrat¹².

Au cours de notre étude, nous nous efforcerons de décrire l'aboutissement du processus de qualification et de clarifier les différentes notions qui le soutiennent. En effet, il est surprenant de remarquer à quel point les notions servant à déterminer la nature du contrat sont en pratique confuses. Lorsque la Cour d'appel écrit, sans plus de détails, que le contrat de franchise est «un contrat innommé et mixte qui participe, par certaines de ses dispositions, à la fois aux contrats de société, de mandat, de vente et de louage¹³», force est d'admettre que les notions pourraient être mieux circonscrites et que «[l]a jurisprudence manifeste parfois un manque de rigueur qui révèle une confusion dans les notions¹⁴».

1 Les qualifications nommées

Dans la majorité des cas, le juriste est en mesure d'associer le contrat qu'il cherche à qualifier avec les catégories de contrats élaborées par le législateur. Il décide alors que le contrat est une vente, un prêt, une transaction, etc. Cette réalité se justifie par le fait que le législateur veut habituellement réguler les contrats les plus courants. La plupart des contrats conclus sont donc des contrats dits nommés.

Dans bien des cas, le travail qualificatoire ne s'arrête toutefois pas là. Il est également nécessaire de déterminer si la structure d'obligations impose qu'une seule qualification soit donnée au contrat (1.1) ou encore, dans le cas des contrats comprenant un réseau particulièrement complexe d'obligations, s'il faut reconnaître une nature mixte au contrat faisant appel à plusieurs contrats nommés (1.2).

12. Didier LUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 915 et 916.

13. *Supermarché A.R.G. inc. c. Provigo Distribution inc.*, [1998] R.J.Q. 47, par. 48 (C.A.).

14. M. TANCELIN, préc., note 10, p. 151.

1.1 La qualification unitaire

Une fois l'analyse des obligations effectuée, une fois distinguées les obligations fondamentales des obligations accessoires, le juriste pourra qualifier véritablement¹⁵. Il devra associer les obligations fondamentales du contrat à l'étude à une structure. Or, le premier choix, le plus simple, sera d'assimiler la convention à un modèle connu, déjà prévu par le législateur. Le juriste tentera donc de donner au contrat un des différents noms prévus dans le Code civil.

C'est ainsi que le contrat prend la nature que lui impose son élément principal¹⁶. Il existe un effet d'attraction lorsque l'accent est mis sur la prestation caractéristique et que les prestations accessoires sont relativisées¹⁷. Par exemple, dans la décision *Xéquipe inc. c. Communauté urbaine de Montréal*¹⁸, le tribunal qualifie de louage le contrat pour la fourniture de photocopieurs et rejette la possibilité d'un contrat de service. L'élément fondamental du contrat de louage était présent dans ce cas, soit l'obligation de procurer la libre jouissance d'un bien. Les obligations d'entretien et de réparation des photocopieurs n'étaient qu'un accessoire ne pouvant entraîner un changement dans la qualification.

L'exercice consiste donc ici essentiellement en un effort de hiérarchisation¹⁹. Quelles obligations ou quels aspects particuliers du contrat sont considérés comme les plus importants ? Il est possible, par exemple, de se demander si le contrat de déménagement est un contrat de transport ou un contrat de service. Peut-être est-ce un contrat de service si le montage ou le démontage des meubles prend le pas sur le transfert d'un point à l'autre²⁰. Qu'est-ce qui est fondamental au contrat ? Sans quel aspect le contrat n'aurait-il pas été conclu ? En pratique, dans le cas des contrats complexes, il faut se demander si une des opérations est accessoire à une autre, par exemple, dans le cas des contrats impliquant un mandat et un service à être

15. Dans un jugement récent, la Cour d'appel rappelait qu'il importe de trouver « les éléments essentiels de la convention » avant de tenter de rattacher le contrat à une forme nommée : *Entreprises Piertrem (1989) inc. c. Pomerleau Les bateaux inc.*, 2007 QCCA 759, par. 53.

16. François COLLART DUTILLEUL et Philippe DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2007, p. 28.

17. D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 12, p. 918.

18. *Xéquipe inc. c. Communauté urbaine de Montréal*, REJB 2001-26233, par. 56, 58 et 59 (QC C.S.)

19. X. HENRY, préc., note 5, p. 396.

20. Cet exemple est tiré de F. COLLART DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, préc., note 16, p. 28.

rendu. S'il est possible de déterminer que le mandat n'est qu'accessoire au contrat de service, cette dernière qualification prévaudra, et vice-versa²¹.

Dans les faits, chacun constatera aisément que la jurisprudence a naturellement tendance à ramener les contrats à l'étude à des schèmes connus en abandonnant les circonstances secondaires²². Il existe ainsi une règle, bien qu'elle ne soit pas formalisée, selon laquelle il faut d'abord chercher à donner une qualification unique à la convention. Cela peut s'expliquer à première vue par des considérations pratiques. Dans bien des cas, le recours à un seul régime juridique sera susceptible de régler un litige particulier. Toutefois, la qualification unique peut répondre également à un impératif juridique lié à la structure même du contrat.

À notre avis, l'étude du concept de la qualification unique ne peut être réalisée sans revenir d'abord sur la notion même du contrat nommé, pour en arriver à une définition rassembleuse (1.1.1). Nous verrons ensuite quel critère, basé sur la hiérarchisation, mènera à une qualification unitaire, soit l'indivisibilité des obligations (1.1.2). Enfin, nous constaterons que la qualification unitaire suit une logique propre à chaque contrat nommé (1.1.3).

1.1.1 La notion de contrat nommé

Le législateur croit parfois nécessaire de s'intéresser à certaines formes contractuelles répandues dans la pratique²³. C'est ainsi qu'il édicte des règles propres à chaque type de contrat qu'il juge approprié. Il s'agit des contrats nommés, ceux à qui le législateur a donné un nom.

L'utilité de ce mode de nomination s'explique principalement de deux façons. D'abord, le législateur recherche l'uniformisation de la pratique contractuelle. Il est en effet avantageux pour une collectivité que des contrats semblables soient soumis aux mêmes règles. Cela favorise, de façon générale, la prévisibilité du droit et les échanges entre les justiciables. Les règles étant les mêmes pour tous, le législateur pourrait prétendre à

21. Voir, par exemple, *Slobodian c. Carrier*, REJB 2004-69444 (C.Q.), 2004 CarswellQue 2033.

22. X. HENRY, préc., note 5, p. 207. La réaction instinctive de l'interprète est ainsi justifiée : Jean HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1971, p. 149.

23. Philippe JESTAZ, « Les rapports privés comme source du droit privé », dans Nicholas KASIRER et Pierre NOREAU (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 13, à la page 29 : « Sauf exception très rare [...], les contrats sont issus de la pratique. Autrement dit, la loi qui régleme un contrat ne fait que codifier la pratique en la corrigeant au passage. »

une certaine justice contractuelle, sans y voir une relation automatique de cause à effet²⁴.

Ensuite, l'apposition d'un nom au contrat peut également comporter un objectif de régulation sociale. Le législateur peut imposer des mesures d'ordre public en vue de la protection de certains individus ou du public en général. Par exemple, lorsque le législateur québécois oblige les employeurs à limiter l'étendue de leurs clauses de non-concurrence (art. 2089 C.c.Q.), lorsqu'il permet à l'emprunteur d'invoquer la lésion (art. 2332 C.c.Q.) ou lorsqu'il interdit la donation autrement que dans les cas strictement prévus (art. 1824 C.c.Q.), il cherche à imposer des normes qui ont pour objet la protection de personnes souvent en position de faiblesse.

Afin de saisir l'impact du contrat nommé en droit québécois, nous croyons nécessaire de faire un bref survol historique du concept. Ensuite, pour circonscrire de manière appropriée la notion, nous nous demanderons si la nomination des contrats est un acte que le législateur limite au Code civil ou s'il peut être accompli au moyen d'autres dispositions législatives.

1.1.1.1 Des considérations historiques

Pour effectuer un survol historique des contrats nommés, il faut naturellement se pencher d'abord sur le droit romain, ancêtre direct du système de droit civil en vigueur au Québec. Instinctivement, certaines personnes pourraient d'abord être portées à penser que les contrats nommés ont été introduits graduellement par l'autorité en place. En effet, le contrat n'est-il pas généralement un simple accord de volonté que le législateur désire réguler dans certaines circonstances particulières lorsque la pratique l'exige ?

À l'origine, les Romains ne l'entendent pas de cette façon. En droit romain antique, la forme l'emporte sur le fond. Seuls quelques types de créations contractuelles étaient reconnus et, si une entente ne respectait pas les conditions voulues, aucune sanction ou exécution ne pouvait être recherchée²⁵. Il y avait parmi ceux-ci :

— les contrats *verbis*, qui nécessitaient le prononcé de paroles précises ;

24. Il est en effet illusoire de croire que l'application de la loi est nécessairement synonyme de justice bien qu'il s'agisse sûrement du but visé par le législateur. À propos des mesures d'équité parfois nécessaires, voir Pierre-Gabriel JOBIN, « L'équité en droit des contrats », dans Pierre-Claude LAFOND (dir.), *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 471, aux pages 475 et suiv.

25. Dominique GRILLET-PONTON, *Essai sur le contrat innommé*, thèse de doctorat, Lyon, Faculté de droit, Université Jean Moulin (Lyon III), 1982, par. 3.

- les contrats *litteris*, qui étaient formés par des écritures au livre de compte du *paterfamilias* ;
- les contrats *re*, qui étaient formés par la remise d'une chose²⁶.

Ces contrats ont reçu la désignation de «contrats nommés» *a posteriori* lorsque les interprètes ont constaté que ces contrats avaient reçu un *nomen* dans l'Édit romain²⁷. En fait, la notion même de «contrat» a été apposée *a posteriori*. Les idées de consensualisme ou de liberté contractuelle étaient absentes du droit romain où un caractère exécutoire n'était reconnu qu'à certaines formes de relations. Toutefois, les besoins pratiques ont eu tôt fait de rendre nécessaire la reconnaissance d'autres types de relations en dehors du formalisme existant. Ont alors été reconnus ce qui deviendra : la vente, le louage, le mandat et la société²⁸. Il fallait toujours, en droit romain classique, satisfaire aux conditions précisément prévues pour obtenir une ordonnance quelconque. Même sous un angle procédural, les contrats nommés ont continué d'être primordiaux en ce que chaque procédure liée à ceux-ci avait un nom distinct (action *mandati*, *pro socio*, et ainsi de suite)²⁹.

L'idée de «contrat», et à plus forte raison de «contrat nommé», n'a pas avancé durant le Moyen Âge, bien que l'idée de consensualisme ait progressé³⁰. Le principe formaliste a toutefois été perpétué par le droit canonique qui exigeait le serment religieux pour reconnaître la force obligatoire de tout document³¹.

Le Code civil français de 1804 fait une large place aux contrats nommés. En effet, les révolutions industrielles successives font en sorte que les conventions se spécialisent et se complexifient progressivement³². De nouveaux contrats apparaissent donc au rythme de l'évolution économique et sociale³³. C'est principalement inspiré par le Code civil français

26. Jean-Philippe LÉVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 2002, p. 660 et suiv. ; Alain LAINGUY, «Les contrats spéciaux dans l'histoire des obligations», dans L. CADIEP (dir), préc., note 7, p. 39, à la page 40.

27. *Id.* ; D. GRILLET-PONTON, préc., note 25, par. 177.

28. Quatre contrats réels ont également été reconnus, soit le prêt d'usage, le prêt de consommation, le dépôt et le gage : Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Pierre-Yves GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 3^e éd., Paris, Defrénois, 2007, p. 24.

29. *Id.*

30. A. LAINGUY, préc., note 26, aux pages 42-45 : il est difficile d'affirmer que l'idée des contrats nommés a beaucoup progressé durant cette période, sauf peut-être avec l'idée du contrat de fief et du contrat «triple» pour le prêt à intérêts.

31. D. GRILLET-PONTON, préc., note 25, par. 11.

32. P. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, préc., note 28, p. 25.

33. J.-F. OVERSTAKE, préc., note 3, p. 16.

que le législateur québécois adopte son premier code en 1866 et établit un régime juridique pour 14 contrats nommés³⁴. La convention d'arbitrage sera ajoutée en 1986. Il importe de constater que, jusqu'en 1994, le législateur est peu intervenu quant au contenu du Code civil pour réglementer de nouvelles formes contractuelles, son intervention étant limitée à modifier occasionnellement le régime juridique lié à chacun des contrats nommés existants. Force est toutefois de constater à l'heure actuelle, compte tenu du vaste domaine d'application des contrats nommés, que le législateur montre une volonté évidente de réguler la grande majorité des transactions qui se concluent chaque jour.

Il y a peut-être, en ce sens, un parallèle à faire entre la multitude de contrats nommés contemporains et l'importance des contrats nommés en droit romain. Nous pouvons dire qu'en pratique ils ont une « valeur comparable³⁵ ». En effet, puisque le législateur régit autant de contrats de la vie courante, n'entraîne-t-il pas indirectement les contractants vers les modèles connus ? Cela pourrait ainsi expliquer une tendance naturelle des tribunaux à ramener le contrat à qualifier aux concepts déjà établis.

1.1.1.2 Un concept limité au *Code civil du Québec*

Comme nous venons de le voir, le législateur québécois, à l'instar de son homologue français, n'éprouve aucune gêne à créer des catégories particulières de contrats. Il veut ainsi répondre aux besoins des justiciables et de la société en général. Il vise, entre autres, la justice contractuelle en prévoyant diverses règles impératives ou supplétives de volonté. Le Code civil représente donc l'outil de prédilection pour créer de tels types de contrats.

Au Québec, le Code civil demeure la pierre angulaire en droit privé et régit les relations entre les individus³⁶. C'est pour cette raison que la majorité des contrats régulés par le législateur s'y trouvent. Le Code civil entré en vigueur en 1994 ne fait pas exception. Son article 1377 prévoit que tous les contrats sont régis par les règles générales prévues (art. 1378-1456), ainsi que par certaines règles particulières quant aux contrats figurant sous le

34. Il s'agit des contrats suivants : mariage, vente, échange, louage, mandat, prêt, dépôt, société, rente viagère, transaction, jeu et pari, cautionnement, nantissement et hypothèque. Seule la rente viagère n'était pas incluse dans le Code civil français.

35. Cela se produit en raison de la tendance à qualifier les contrats suivant les modèles nommés : Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *Droit civil. Les obligations*, 2^e éd., t. 1 « Les sources », Paris, Sirey, 1988, n^o 57.

36. Pour une idée de la fonction du Code en droit civil, voir François GRUA, « Le Code civil, code résiduel ? », *RTD civ.* 2005.2.253.

titre « Contrats nommés »³⁷. Pas moins de 18 contrats sont « nommés » dans le *Code civil du Québec*, allant du contrat à vocation générale (ex. : vente, donation, louage, transport, travail, service) aux contrats voués à un domaine très spécifique (ex. : crédit-bail, affrètement, assurance, transaction).

Toutefois, le domaine des contrats nommés ne s'arrête pas là. Le Code civil répertorie d'autres catégories de contrats qui ne se trouvent pas sous le même titre. Le contrat de mariage ou d'union civile et le contrat hypothécaire en sont. Puisque l'article 1377 ne se réfère pas expressément à ces contrats, il serait facile de penser qu'il ne s'agit pas de contrats nommés, à proprement parler. Or, ce sont des conventions qui se rapprochent difficilement d'autres institutions prévues dans le Code civil. L'hypothèque conventionnelle est une garantie qui n'est pas un cautionnement³⁸. Le contrat de mariage relève davantage de l'institution que du pur consensualisme. Il a ses propres règles, et ce n'est qu'expressément que le législateur fera intervenir des règles inhérentes aux contrats nommés, par exemple en matière de donation où l'article 1818 du Code civil est propre à ce sujet.

Chacun peut constater par ailleurs que les types nommés et consacrés par le Code civil se sont cristallisés autour de concepts économiques, juridiques ou philosophiques, lentement issus de la pratique³⁹. Le législateur veut ainsi accompagner la croissance économique, que ce soit pour des raisons d'uniformité ou de protection⁴⁰. Il y a donc eu au Québec une spécialisation graduelle du droit des contrats, après que le législateur a laissé une grande place à la liberté contractuelle. Certains ont ainsi constaté que, lors du projet de réforme du Code civil, des 1 467 articles proposés, 960 se rapportaient aux contrats nommés⁴¹. Nous pourrions dès lors conclure

37. Art. 1708 et suiv. C.c.Q.

38. Dans le cas du cautionnement hypothécaire, soit une hypothèque consentie par une partie qui n'est pas le débiteur principal, il est toutefois possible de s'engager personnellement en plus du fait d'engager son bien. Il y a alors engagement distinct de l'hypothèque : Louis PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 240 à 243.

39. D. GRILLET-PONTON, préc., note 25, par. 155. Un auteur a écrit que le législateur français a parfois cherché à « lancer des produits » en matière de contrats nommés (ex. : location-accession, concession immobilière) : Philippe JESTAZ, « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », dans *L'évolution contemporaine du droit des contrats. 1^{ères} Journées René Savatier à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, les 24 et 25 octobre 1985*, Paris, Presses universitaires de France, 1986, p. 117. Il semble que le législateur québécois soit plus prudent et moins actif dans son code civil en ce qu'il ne s'y trouve pas de contrat nommé créé de toutes pièces ne reflétant pas la pratique au moment de son adoption.

40. P. JESTAZ, préc., note 39, à la page 119.

41. Pierre LEGRAND JR, « Consolidation et rupture : les ambiguïtés de la réforme des contrats nommés », (1989) 30 C. de D. 867, 869.

que c'est le retour du balancier. Après les règles strictes du droit romain et la reconnaissance du principe de l'autonomie de la volonté, le législateur se veut de plus en plus interventionniste dans le domaine contractuel. Finalement, en raison de la large couverture des contrats nommés au Code civil, reste-t-il une place pour autre chose ? Or, nous observons que le législateur n'a pas assez du Code civil, car il crée des contrats dans des lois particulières.

Ainsi, à l'extérieur du Code civil, des lois particulières peuvent également prévoir des régimes contractuels spécifiques. Par exemple, la *Loi sur l'immigration au Québec*⁴² crée le contrat de parrainage, la *Loi sur l'assurance-maladie*⁴³ crée le contrat d'allocation, la *Loi sur la Régie de l'énergie*⁴⁴ crée le contrat d'approvisionnement en électricité et la *Loi sur l'enseignement privé*⁴⁵ crée le contrat de service éducatif.

Toutefois, nous ne croyons pas que ces contrats puissent constituer des contrats dits nommés, au même titre que ceux qui sont prévus dans le Code civil. Sur un plan purement technique, ces contrats ne sont pas compris sous le titre 2 du Livre cinquième du Code civil intitulé « Des contrats nommés ». Au-delà de la sémantique, force est toutefois de constater que les contrats prévus dans des lois particulières peuvent être soumis aux règles des contrats du Code civil. Ainsi, le contrat de consommation décrit dans la *Loi sur la protection du consommateur* peut en fait constituer, notamment, un contrat de vente, de louage, de service ou de prêt d'argent⁴⁶.

La jurisprudence a reconnu que certains contrats prévus par des lois particulières pouvaient être nommés ou non en fonction des contrats prévus dans le Code civil. Par exemple, l'opération de courtage prévue dans la *Loi sur le courtage immobilier*⁴⁷ peut être vue comme un contrat de service ou un mandat. Le contrat de parrainage de ressortissants étrangers peut être qualifié d'innommé puisqu'il ne cadre avec aucun des contrats du Code

42. *Loi sur l'immigration au Québec*, L.R.Q., c. I-0.2, art. 3.1.1.

43. *Loi sur l'assurance-maladie*, L.R.Q., c. A-29, art. 88.

44. *Loi sur la Régie de l'énergie*, L.R.Q., c. R-6.01, art. 2.

45. *Loi sur l'enseignement privé*, L.R.Q., c. E-9.1, art. 66.

46. *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1. Voir, par exemple, les articles 5, 34, 58 et 67. Voir aussi, par exemple, l'affaire *Lamontagne c. Voyages transatlantiques internationaux Cowansville inc.*, J.E. 2005-821 (C.Q.), EYB 2005-89971, 2005 CarswellQue 2226, où le tribunal a décidé que le contrat de consommation soumis à la *Loi sur la protection du consommateur* est aussi un contrat de service.

47. *Loi sur le courtage immobilier*, L.R.Q., c. C-73.1.

civil⁴⁸. Ainsi en est-il du contrat d'allocation conclu en application de la *Loi sur l'assurance-maladie*⁴⁹. Au surplus, les tribunaux reconnaissent que le contrat innommé se définit par opposition aux contrats définis dans le Code civil⁵⁰. Par conséquent, aux fins de qualification, il serait dangereux de prétendre que les régimes contractuels prévus dans des lois particulières créent des contrats « nommés » au même titre que ceux qui sont prévus dans le Code civil. En effet, l'étude du rattachement possible ou non à l'un des contrats codifiés risquerait d'être oubliée. Ainsi, les contrats nommés dans le Code civil servent de référence à tous les types de conventions prévues dans les lois particulières.

Il résulte de ce qui précède que nous pouvons caractériser le contrat nommé comme ayant une force d'attraction liée à la place que lui laisse le législateur et comme un terme générique qu'il faudrait réserver aux contrats dont le régime juridique est prévu dans le Code civil. La notion étant ainsi circonscrite, nous pouvons maintenant définir le critère faisant en sorte qu'un des contrats nommés disponibles sera choisi, soit le caractère indivisible des obligations.

1.1.2 L'indivisibilité des obligations au contrat

Lorsqu'un contrat étudié respecte les principes d'un ou de plusieurs contrats nommés, comment justifier que cette convention reçoive autant que possible une qualification unitaire ? Compte tenu du fait qu'un contrat contient habituellement plusieurs obligations ayant une nature et une fonction différentes, il serait en principe concevable que le contrat puisse recevoir plusieurs qualifications. Or, les tribunaux font habituellement en sorte de trouver une seule qualification pour un contrat⁵¹.

La qualification unitaire s'explique habituellement par l'indivisibilité des obligations composant le contrat. Un rapport de principal à accessoire

48. *Québec (Procureur général) c. Nicolas*, [1996] R.J.Q. 1679, par. 48 (C.S.), [1996] J.Q. n° 265 (QL/LN). Ce contrat existant en vertu de la *Loi sur le ministère de l'Immigration et des Communautés culturelles*, L.R.Q., c. M-16.1, reçoit une qualification innommée dans les affaires suivantes : *Québec (Procureur général) c. Kechichian*, [2000] R.J.Q. 1730 (C.A.), [2000] J.Q. n° 2049 (QL/LN) ; *Gustave c. Québec (Ministre de l'Emploi et de la Solidarité)*, J.E. 2001-1469 (C.S.), [2001] J.Q. n° 2866 (QL/LN).

49. *Loi sur l'assurance-maladie*, préc., note 43 ; *Harpin (Syndic de) c. Québec (Régie de l'assurance maladie)*, [2002] R.J.Q. 1921 (C.S.), [2002] J.Q. n° 1406 (QL/LN).

50. *Demers, Giraud & associés, société-conseil inc. c. Dominion Textile inc.*, [2000] R.J.Q. 3012, 3017 (C.S.) ; *Conexsys Systems inc. c. Aime Star Marketing inc.*, [2003] R.J.Q. 2875, 2893 (C.S.) (appel rejeté sur requête, C.A., 11-01-2005, 500-09-013821-038).

51. Paul-Henri ANTONMATTEI et Jacques RAYNARD, *Droit civil. Contrats spéciaux*, 5^e éd., Paris, LexisNexis/Litec, 2007, p. 4 : « C'est la recherche d'une qualification unique qui doit prioritairement animer le juge. »

s'installe entre les diverses obligations, ce qui entraîne une « structure fondamentalement unitaire de la qualification⁵² ». Le juriste conclut alors que le contrat ne contient qu'une obligation fondamentale et que les autres sont accessoires⁵³. Il s'ensuit donc que, dès que l'indivisibilité des obligations est établie, une qualification d'ensemble prévaut et qu'un seul régime juridique est applicable⁵⁴. Reste à déterminer dans quelles circonstances reconnaître l'indivisibilité.

Il importe d'abord de préciser que l'indivisibilité des obligations prise en considération au moment de la qualification ne saurait être rapprochée du concept homonyme prévu dans les articles 1518 et suivants du Code civil, lesquels prévoient notamment la divisibilité de l'obligation de plein droit. L'article 1520 édicte que l'obligation est indivisible lorsqu'elle ne se divise ni entre les débiteurs ou les créanciers ni entre leurs héritiers. Ainsi, l'indivisibilité dont il est question ici se rattache aux sujets de l'obligation et non à son contenu. D'ailleurs en matière de qualification, il sera question de l'indivisibilité des obligations entre elles et non de l'indivisibilité de l'obligation unique, ce qui semble être le cas visé dans ces dispositions du Code civil.

Des auteurs ont écrit que l'indivisibilité des obligations au contrat, celle qui sert à la qualification, peut être objective ou subjective⁵⁵. Elle est objective lorsqu'elle est décrétée par le législateur dans le cas de certains contrats en particulier. Elle est subjective lorsqu'elle résulte de la volonté des parties. En ce cas, les parties n'auront voulu stipuler une obligation qu'à la seule condition de la joindre à une autre. Il ne pourra pas s'agir de « simple voisinage⁵⁶ ». Par exemple, l'analyste pourrait penser qu'un bien

52. Jacques GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, « Les effets du contrat », 3^e éd. par J. GHESTIN, Christophe JAMIN et Marc BILLIAU, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 118.

53. X. HENRY, préc., note 5, p. 1180. Il s'agit du critère qui semble être utilisé par la Cour d'appel dans l'affaire *Société hôtelière Hunsons inc. c. Kalenso inc.*, 2007 QCCA 237, par. 21, EYB 2007-115028, où elle laisse entendre qu'un contrat devrait être qualifié de louage et non de contrat mixte de louage et de service au motif que l'aspect de la gestion d'espaces de stationnement paraît trop accessoire. La Cour d'appel ne donne pas de détails sur le critère de qualification puisque le résultat du litige serait le même dans un cas ou dans l'autre.

54. François TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1957, p. 387-390, 401 et 402. Selon cet auteur, l'indivisibilité sert deux fonctions : rendre commun le sort de deux actes (comme dans le cas où la nullité d'un contrat entraîne la nullité d'un autre) et agir sur la qualification des actes. Voir aussi J. GHESTIN (dir.), C. JAMIN et M. BILLIAU, préc., note 52, p. 118.

55. *Id.*, p. 119 et suiv.

56. F. TERRÉ, préc., note 54, p. 380 et 381 : la notion d'indivisibilité ne sert en fait qu'à exprimer le résultat d'une analyse.

n'aurait pas été acheté sans la garantie de qualité qui est son accessoire. Les deux obligations seraient alors indivisibles.

Certains ont aussi dit qu'un contrat demeure unitaire lorsque l'élément hétérogène s'insère harmonieusement à son économie ou lorsqu'il est accessoire au sein de l'ensemble⁵⁷. Si une obligation est indispensable à la principale, il y a unité⁵⁸. C'est là ce qu'il faudrait favoriser⁵⁹. Toutes ces notions font référence à la distinction déjà vue entre les obligations fondamentales et les obligations accessoires.

Au-delà de ces principes généraux, l'indivisibilité des obligations dans le cas de la qualification demeure une notion fuyante. La doctrine ne semble pas se rassembler autour d'un test clair et la jurisprudence ne s'est pas penchée sur cette distinction⁶⁰. François Terré parle d'un « lien de connexité entraîn[ant] l'apparition d'un contrat unique⁶¹ ». Peut-être cette connexité existe-t-elle lorsque les obligations naissent d'un même « rapport juridique⁶² ». Donc, il faudrait se demander si les parties ont voulu créer un seul et même rapport juridique. Dans l'affirmative, il faudrait conclure à l'unicité de la qualification contractuelle.

Il semble approprié de faire un parallèle avec l'indivisibilité du contrat prévu dans l'alinéa premier de l'article 1438 du Code civil⁶³. Selon cette disposition, si le contrat forme un « tout indivisible », la clause nulle entraîne la nullité de toute la convention. Cette forme doit être distinguée de l'indivisibilité de l'obligation déjà mentionnée et prévue par l'article 1520 du Code civil⁶⁴. La jurisprudence, rare sur le sujet, assimile pour l'instant l'indivisibilité du contrat au caractère essentiel de la clause nulle pour les parties⁶⁵. La doctrine a toutefois mentionné comme critère le caractère objectivement indissociable du reste du contrat, comme dans le cas d'une clause d'exclusivité territoriale pour un contrat de franchise⁶⁶.

57. D. GRILLET-PONTON, préc., note 25, par. 96.

58. *Id.*, p. 106.

59. F. TERRÉ, préc., note 54, p. 347.

60. Cela qui s'explique certainement par le fait que la jurisprudence n'a pas établi de limite claire entre le contrat nommé et le contrat mixte.

61. F. TERRÉ, préc., note 54, p. 416.

62. *Id.*, p. 415.

63. C.c.Q., art. 1438 : « La clause qui est nulle ne rend pas le contrat invalide quant au reste, à moins qu'il n'apparaisse que le contrat doive être considéré comme un tout indivisible. »

64. Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 6^e éd. par P.-G. JOBIN avec la collaboration de Nathalie VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 655.

65. *Graphiques Matrox inc. c. Nvidia Corp.*, J.E. 2001-1591 (C.S.). Voir aussi Vincent KARIM, *Les obligations*, 3^e éd., vol. 1 « Art. 1371 à 1496 C.c.Q. », Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, p. 685 et 686.

66. J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 64, p. 655.

En appliquant le même concept au processus de qualification, nous pouvons penser qu'une qualification unitaire du contrat s'impose lorsque l'entente forme un ensemble indissociable, que les parties ont en effet voulu créer un seul et même rapport juridique entre eux. Reprenant l'exemple du contrat de fourniture de photocopieurs comme contrat de louage à l'exclusion d'un contrat de service, nous pourrions conclure que le seul véritable rapport juridique voulu par les parties était un rapport de location, que celui-ci forme un tout indissociable des obligations de réparation, lesquelles conservent un caractère très accessoire.

Au-delà de ces quelques remarques, il apparaît difficile de décrire de façon générale le processus de qualification des contrats nommés, tellement chacun d'entre eux fait appel à des notions qui lui sont propres.

1.1.3 Une démarche propre à chaque contrat nommé

Dans la majeure du syllogisme lié à la qualification, il faut déterminer la norme juridique applicable à un contrat précis⁶⁷. Or, chaque type de contrat, particulièrement les contrats nommés, comporte différentes variantes⁶⁸. Il serait fastidieux et inutile de relever ici les éléments requis pour chacun des contrats nommés dans le Code civil. Ce serait là, par exemple, l'étude spécifique des conditions de création de la vente, du prêt ou de la donation. Qu'il suffise de constater qu'une jurisprudence importante est susceptible de se développer dans chacun des secteurs de droit visé. Pensons notamment à l'idée de représentation dans le contexte du mandat, à celle de l'apport dans le contrat de société ou à celle du contrôle requis sur l'employé dans le contrat de travail.

Deux aspects attirent toutefois l'attention en raison de la vaste étendue de la démarche liée aux contrats nommés. Le premier se rattache à la nécessité de considérer la qualification unique comme premier choix. Chacun est en droit de s'interroger sur la possibilité pour le législateur d'imposer la qualification unique dans certains cas particuliers. Il est possible, en effet, de répertorier certains cas où la loi oblige à conclure à l'existence d'un seul et unique contrat alors qu'un juriste aurait autrement pu conclure à un contrat mixte. Un de ces cas se trouve à l'article 2103, al. 3 du Code civil, lequel édicte ceci : « Il y a contrat de vente, et non contrat d'entreprise ou de service, lorsque l'ouvrage ou le service n'est qu'un accessoire par rapport à la valeur des biens fournis. » Ainsi, le contrat de vente de fenêtres ne perd pas sa qualification unique parce qu'il est accompagné de l'obligation pour

67. *Supra*, note 1, section 1.1.2.

68. J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *préc.*, note 52, p. 80.

le vendeur de les installer⁶⁹. En l'absence de cette disposition, il aurait été pertinent de croire à un contrat mixte de vente et de service. Par ailleurs, l'article 1810 du Code civil impose la qualification de donation pour tout ce qui excède une rémunération à payer. Il arrive donc que le législateur détermine non seulement les éléments qu'il tient pour essentiels⁷⁰, mais également la qualification unique qui doit en ressortir.

La qualification au cas par cas des contrats nommés appelle un deuxième commentaire lié à la généralisation des concepts. Il existe en effet un danger d'appliquer automatiquement le régime d'un contrat nommé à un type particulier simplement parce qu'il en a déjà été décidé ainsi⁷¹. Par exemple, le contrat liant l'huissier à son client pourra relever tantôt du mandat, tantôt du simple contrat de service, dépendant de l'importance de la représentation dans le contexte de la prestation convenue⁷². Il ne faudrait donc pas conclure que le contrat du huissier est toujours l'un ou toujours l'autre.

L'un des exemples jurisprudentiels les plus colorés de la difficulté qui se présente chaque fois qu'il faudra choisir entre un contrat nommé ou un autre peut être reconnu dans le contrat de garde d'un animal. La lecture de la jurisprudence nous apprend que le contrat par lequel une personne s'oblige à prendre soin d'un cheval est tantôt un dépôt, tantôt un contrat de service. Si le tribunal conclut que l'obligation essentielle du contrat consiste dans la garde pure et simple du cheval, il devra conclure à l'existence d'un dépôt⁷³. Au contraire, si le tribunal constate que le contrat vise d'abord les soins quotidiens à l'animal, il devra y voir un contrat de service, le dépôt s'accommodant mal de la garde d'un bien vivant⁷⁴. Deux jugements, deux solutions qui paraissent sensées. Dans ces décisions, les juges se sont

69. *Par le trou de la serrure (1993) inc. c. Charest*, REJB 2001-23341 (C.S.). Voir aussi : *Ayotte c. Fibertec Window Mfg. Ltd.*, B.E. 2001BE-820 (C.S.); *Filt-Mes inc. c. Antirouille métropolitain inc.*, REJB 2003-51815 (C.Q.), 2003 CarswellQue 13809 (WeC).

70. Christian LAVABRE, «Éléments essentiels et obligation fondamentale du contrat», R.J.D.A. 1997.291, 292.

71. Voir l'affaire *Lambert c. Minerve Canada, Cie de transport aérien inc.*, [1998] R.J.Q. 1740, par. 51 et 52 (C.A.), où la Cour d'appel évoque le danger d'une qualification qui serait toujours unique dans le cas d'un contrat liant une agence de voyages.

72. *Malo c. F.G. Bradley Co.*, [1980] C.P. 334, 339. Voir aussi : *Park Avenue Chevrolet inc. c. Le Blanc*, [1990] R.R.A. 108 (C.S.), [1989] J.Q. n° 2290 (C.S.) (QL/LN).

73. *Wilson c. 104428 Canada Inc.*, [2002] R.J.Q. 2026, par. 63 (C.S.) (règlement hors cour en appel).

74. *Goulet c. Lefebvre*, J.E. 2002-1814, par. 34 et suiv. (C.Q.).

manifestement sentis tenus de choisir un seul contrat nommé⁷⁵. Peut-être conviendrait-il de trouver une solution dans une troisième voie, c'est-à-dire la qualification distributive. Nous analyserons maintenant cette possibilité.

1.2 La qualification distributive⁷⁶

Il est habituellement aisé de déterminer la nature des contrats simples, soit ceux qui contiennent peu d'obligations pour chacune des parties. Il en va autrement dès que les obligations augmentent en nombre et en complexité. Ainsi, le contrat de prêt d'argent entraîne peu de problèmes de qualification, les obligations étant claires (une de déboursement, une de remboursement). Par contre, la franchise et la licence d'utilisation, avec leur multitude d'obligations bilatérales, causent davantage de confusion. En présence d'un contrat complexe, le juriste devra toujours faire face au dilemme suivant : faut-il rechercher une qualification unique ou procéder à un dépeçage du contrat complexe pour distribuer à chaque partie une qualification adaptée mais partielle⁷⁷. Il y aura qualification distributive lorsque le contrat unit des conventions de nature différente, c'est là l'application de la mixité dans les contrats.

Comme nous venons de le voir, les tribunaux préfèrent la qualification unique. Ils verront aisément l'indivisibilité nécessaire dans les obligations incluses dans la convention. Par contre, une appréciation trop large de l'indivisibilité amènera une vision réductrice du contrat⁷⁸. La simplicité obtenue peut être fausse parce qu'elle n'est pas conforme aux faits⁷⁹. La qualification unique n'est pas nécessairement la solution. Les parties ont possiblement voulu à l'intérieur d'un même contrat unir plusieurs opérations juridiques. Évidemment, il ne faudrait pas non plus voir la mixité partout dès que l'interprète est en présence d'un contrat complexe. Rappelons que la qualification n'a pas à être faite si elle n'est pas nécessaire ou

75. Ce genre de contrat a aussi été qualifié d'innommé : *Nutrition Loucaro inc. c. Ferme Réal s.e.n.c.*, [2003] R.J.Q. 492 (C.S.), 2002 CarswellQue 2780 (WeC) (appel rejeté sur requête, C.A., 11-02-2005, 500-09-012981-023).

76. Il est ici question des obligations à l'intérieur d'un même contrat et non d'un groupe de contrats.

77. Alain BÉNABENT, « L'hybridation dans les contrats », dans *Prospective du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin*, Paris, Dalloz, 1999, p. 27, à la page 28.

78. Dan ROSKIS, « Les limites des méthodes traditionnelles de qualification contractuelle : le parrainage publicitaire », D. 1999.chron.443, 445, par. 12.

79. Cass. soc., 19 déc. 1952, D. 1953.jur.333, note SAVATIER : « [Un] tribunal ayant relevé les éléments caractéristiques de contrats différents, ne justifie pas, au motif qu'ils font l'objet d'un seul acte, son appréciation que la convention intervenue échappe aux règles régissant ces divers contrats ». Voir aussi D. ROSKIS, préc., note 78, 445, par. 14.

si les deux qualifications envisagées n'ont aucun impact sur la question en litige⁸⁰.

Il est donc possible de reconnaître la nature hybride d'une convention. À notre avis, l'étude de cette réalité doit d'abord passer par une définition cohérente de la notion de contrat mixte (1.2.1). Nous décrirons ensuite le critère permettant le recours à la qualification distributive, soit l'impossibilité d'unir le contrat autour d'une seule opération juridique ou d'une prestation caractéristique (1.2.2). Enfin, nous tenterons de préciser à quelles circonstances pratiques le contrat mixte peut être rattaché (1.2.3).

1.2.1 La notion de contrat mixte

Le danger de confusion en matière de qualification apparaît de façon évidente lorsque les parties, aux prises avec des besoins particuliers, unissent différents types de contrats nommés pour n'en former qu'un seul. Il s'agit du contrat mixte. Celui-ci, même s'il est bien ancré en pratique, a peu retenu jusqu'à présent l'attention des autorités, législatives ou jurisprudentielles.

Dans un monde où les transactions se complexifient un peu plus chaque jour, nous remarquons que la nature des contrats reflète cette réalité. En effet, il est de plus en plus courant que les échanges commerciaux impliquent simultanément divers types de conventions connues. Vente, louage, mandat, dépôt et transport sont appelés à coexister dans le cas de transactions commerciales complexes. L'exemple typique du contrat mixte est le contrat de location avec option d'achat. Les règles du louage et de la vente sont appelées à être appliquées à tour de rôle. Pensons aussi au contrat liant l'avocat et son client où sont susceptibles d'être appliquées alternativement les règles du contrat de service et du mandat⁸¹.

Si la notion se conçoit aisément, elle a trouvé peu de reconnaissance au niveau théorique. En effet, les contrats composites n'ont jamais fait l'objet d'étude synthétique en doctrine, tant au Québec qu'en France⁸². En fait, au Québec, ce contrat est souvent ignoré chez les auteurs⁸³. Toutefois, la jurisprudence, sans en faire expressément une catégorie, reconnaît cette

80. P. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, préc., note 28, p. 9.

81. *Bérocán inc. c. Masson*, [1999] R.J.Q. 195, 198 (C.S.).

82. X. HENRY, préc., note 5, p. 36. Certains croiraient même que le contrat mixte ne reçoit pas la faveur de la doctrine : D. GRILLET-PONTON, préc., note 25, par. 96.

83. Des auteurs le mentionnent parfois simplement au passage : V. KARIM, préc., note 65, p. 149 et 150 ; J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 64, p. 72.

possibilité⁸⁴. Les tribunaux québécois semblent cependant associer la mixité à l'expression «s'apparente à» ou «qui participe à», ce qui entretient la confusion⁸⁵. Lorsque la Cour d'appel écrit, sans plus de détails, que le contrat de franchise est «un contrat innommé et mixte qui participe, par certaines de ses dispositions, à la fois aux contrats de société, de mandat, de vente et de louage⁸⁶», force est de constater que le contrat mixte ne se trouve pas dans une catégorie distincte.

Selon certains, le contrat mixte serait simplement un type de contrat innommé et ce flottement doctrinal serait dépourvu de conséquences pratiques⁸⁷. Des juristes pourraient penser en effet que le contrat mixte est innommé en ce sens que la résultante ne correspond vraiment à aucun contrat nommé⁸⁸. Ils diraient alors que le contrat innommé est de toute façon souvent un contrat complexe⁸⁹. Toutefois, il faut constater que cette vision entretient une certaine confusion. Puisque l'innommé correspond en principe au rejet des règles associées aux contrats nommés, il faudrait conclure qu'il en est de même du contrat mixte. Or, comme nous le verrons⁹⁰, la mixité contractuelle entraîne l'application distributive des règles liées à chaque contrat nommé en cause.

Pour d'autres, le contrat mixte se rapproche davantage du simple contrat nommé. Il ne s'agirait en fait que d'une superposition de deux ou plusieurs contrats connus⁹¹. Ce point de vue entretient moins la confusion, bien qu'il soit quelque peu réducteur. En effet, toute qualification devrait ultimement rendre compte de la complexité ou non du contrat à l'étude. Il ne faudrait pas simplifier outrageusement un contrat par nature complexe⁹².

84. Par exemple: *Industries Providair Inc. c. Kolomeir*, [1988] 1 R.C.S. 1132, par. 24 (un contrat d'entreprise peut être inclus dans un bail); *MCA Valeurs mobilières inc. c. Valeurs mobilières Marleau, Lemire inc.*, 2007 QCCA 92, par. 23 (contrat d'arrière-guichet); *Malo c. F.G. Bradley Co. Ltd.*, préc., note 72 (contrat entre l'huissier et la partie pour qui il effectue une vente en justice). Voir toutefois le jugement récent dans l'affaire *Entreprises Piertrem (1989) inc. c. Pomerleau Les bateaux inc.*, préc., note 15, par. 52, où la Cour d'appel reconnaît clairement le caractère distinct du contrat mixte.

85. A. BÉNABENT, préc., note 77, à la page 31.

86. *Supermarché A.R.G. inc. c. Provigo Distribution inc.*, préc., note 13, par. 48.

87. B. PETIT, préc., note 9, n° 28.

88. X. HENRY, préc., note 5, p. 1348.

89. Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT et Éric SAVAUX, *Les obligations*, vol. 1 «L'acte juridique», 10^e éd., Paris, Armand Colin, 2002, p. 63.

90. *Infra*, section 1.2.3.

91. René DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, vol. 1 «Sources des obligations», t. 2, Paris, A. Rousseau, 1923, p. 909.

92. J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, préc., note 52, p. 124.

La difficulté de reconnaître une catégorie distincte dans le cas du contrat mixte vient peut-être du fait qu'il est souvent difficile d'appliquer distributivement le régime juridique convenant aux différents éléments d'un contrat complexe⁹³. Dans le contexte du contrat entre un avocat et son client, à quel moment convient-il d'utiliser les règles du mandat et à quel moment faut-il invoquer celles du contrat de service ? À quel moment l'avocat représente-t-il le client et à quel moment exact cesse-t-il de le faire ?

Malgré ces difficultés, il nous semble qu'une reconnaissance des contrats mixtes en tant que catégorie s'impose, ne serait-ce qu'aux fins de la qualification. En effet, dans les cas où l'étude du contrat montre une multitude d'obligations de nature différente, la notion de contrat mixte révélera de façon plus claire la volonté des parties, sans la faire apparaître sous un jour trop simple (en prétendant qu'il ne s'agit que d'un contrat nommé) ou trop complexe (en prétendant que l'addition des obligations a entraîné la création d'un nouveau contrat innommé).

Nous avons vu que la qualification unitaire s'explique par la hiérarchie des obligations qui force un rapport de principal à accessoire. La distinction entre les qualifications unitaire et distributive, entre le simple contrat nommé et le contrat mixte, doit également se trouver dans cette hiérarchie.

1.2.2 L'impossibilité de hiérarchiser les obligations

Un contrat mixte associe plusieurs obligations principales qui relèvent de contrats nommés différents. Adopter une qualification unitaire devient alors soit impossible, soit non souhaitable⁹⁴. Préciser la nature de la convention peut passer par la reconnaissance de sa complexité. Or, puisque la tendance première du juriste consiste à donner un seul nom au contrat, encore faut-il déterminer à quelles conditions il donnera suite à cette complexité.

La mixité se reconnaît généralement par l'existence d'obligations autonomes, « intellectuellement et économiquement distinctes⁹⁵ » les unes des autres. Aussi, un contrat est dit « mixte » lorsque sa finalité économique est assurée par plusieurs obligations⁹⁶. Il est alors impossible de constater

93. B. PETIT, préc., note 9, n° 31.

94. Planiol écrivait ceci en 1912 : « [I]l n'y a aucune utilité à obtenir une unité systématique pour un contrat qui est composite par sa nature ; la simplicité obtenue est fautive, parce qu'elle ne répond pas aux faits. » Voir Cass. civ., 18 oct. 1911, D.P. 1912.I.113, 113, note PLANIOL.

95. J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, préc., note 52, p. 123.

96. X. HENRY, préc., note 5, p. 1347.

que l'une de ces obligations est l'accessoire de l'autre. Pour un auteur, le contrat se compose alors «de plusieurs obligations essentielles dont aucune n'absorbe à elle seule l'utilité économique de la convention⁹⁷». Par conséquent, autant la qualification unique se justifie par une hiérarchie claire des obligations, autant la qualification distributive ou mixte se reconnaît à la difficulté de voir la hiérarchie entre les obligations contenues au contrat.

Certains cas sont plus clairs que d'autres. Lorsque deux contrats sont simplement juxtaposés, ils conservent leur économie intrinsèque et la mixité apparaît aisément⁹⁸. Il serait ainsi possible de voir dans le contrat entre le garagiste et son client à la fois un contrat de service (pour les réparations) et un contrat de dépôt (pour la garde du véhicule). Nous pourrions aussi facilement voir un contrat mixte dans le fait de joindre dans un même document physique deux contrats dont le lien entre eux n'est pas nécessaire. Même si les parties l'ont voulu indivisible, cela signifie seulement qu'un contrat est la cause de l'autre. Cette situation n'enlève pas le caractère distinct de chacun des contrats indiqués.

Il ne faudrait toutefois pas non plus exagérer en sens contraire : mélange d'éléments liés à divers contrats nommés n'est pas automatiquement signe de mixité⁹⁹. En effet, de l'opération contractuelle peut résulter une véritable combinaison où certains aspects du contrat sont l'accessoire ou la conséquence de l'autre, sans laquelle l'ensemble n'a aucune raison d'exister. Il s'agira des cas où l'indivisibilité des obligations entraînera une seule qualification. Puisque c'est alors une opération unique, tout dépeçage devient artificiel. Comme nous le verrons avec les exemples qui suivent, l'application de ces critères n'est pas simple. Il semble demeurer certaines nuances qui font ressortir une part de subjectivité du juge.

Certains ont suggéré que le contrat de gestion était un contrat mixte combinant les règles du mandat et du contrat d'entreprise¹⁰⁰. En effet, lorsqu'un contrat permet au gestionnaire d'exploiter les biens du géré et

97. *Id.*, p. 1341.

98. A. BÉNABENT, préc., note 77, à la page 29.

99. X. HENRY, préc., note 5, p. 1351. Il n'est pas question ici du mélange de plusieurs contrats écrits en formant un seul, mais du contrat unique formé par les parties faisant appel à des éléments de plusieurs contrats nommés.

100. Pierre-François CUIF, *Le contrat de gestion*, Paris, Economica, 2004, p. 177, même si l'auteur, plus loin, adopte la qualification, malheureuse selon nous, de contrat *sui generis* typique. Cet auteur est d'avis qu'il existe trop de contradictions possibles entre les deux régimes pour accepter le régime distributif et que, s'agissant d'un contrat innommé issu d'une fusion, seules les règles du contrat d'entreprise devraient s'appliquer (p. 218). Le résultat laisse songeur. Il nous semble que la qualification distributive devrait être adoptée lorsque cela est possible et que chaque difficulté d'application de régime doit être étudiée au cas par cas.

d'accomplir tant des actes juridiques que des actes matériels, il est possible d'y voir tantôt une représentation juridique, tantôt un simple contrat de service. Dans le cas d'un contrat de gestion d'hôtel, par exemple, le gestionnaire est susceptible de représenter le propriétaire auprès de clients, outre qu'il doit assumer des obligations liées au personnel (supervision, établissement des horaires de travail, etc.), ce qui constitue un service. Le contrat peut donc contenir plusieurs obligations principales relevant de contrats nommés différents. Toutefois, faudrait-il alors adopter une qualification unitaire ? Y aurait-il indivisibilité des obligations à un point tel qu'il ne conviendrait de considérer qu'une seule et unique opération juridique ? Il est permis d'en douter. Il est difficile de voir comment l'une des opérations en jeu, le mandat ou le contrat de service, serait tellement accessoire à l'autre, qu'elle en perdrait sa nature juridique.

Prenons également comme exemple le contrat existant entre l'avocat ou l'huissier et leur client. En effet, il est reconnu depuis longtemps que ces contrats comprennent à la fois un aspect de mandat et un aspect de service¹⁰¹. Dans l'affaire *Park Avenue Chevrolet c. Leblanc*¹⁰², la juge en chef de la Cour supérieure a eu à déterminer la nature du contrat entre un huissier et le créancier-saisissant à l'occasion de l'exécution d'un bref de saisie mobilière. La demanderesse, propriétaire d'un véhicule saisi puis subséquemment vendu, reproche au huissier d'avoir procédé à la saisie d'un véhicule qu'il devait savoir loué au saisi, et non la propriété de ce dernier. La demanderesse propose que la responsabilité du créancier doit être retenue à titre de mandant, puisque l'huissier agissait en son nom au moment de la saisie. Le créancier prétendait que l'huissier ne saurait le représenter, ce dernier étant un officier de justice. Au contraire, la Cour supérieure conclut que c'est sur instructions spécifiques du client que l'huissier a procédé à la saisie du véhicule. Elle reconnaît que la source des obligations de l'huissier peut être mixte et que, par conséquent, la responsabilité de tous les défendeurs peut être engagée à l'égard de la demanderesse, véritable propriétaire du véhicule. Dans cette affaire, la Cour supérieure sous-entend donc qu'une qualification unique n'était pas souhaitable. Cette décision semble aller à l'encontre d'une décision précédente qui avait considéré que l'aspect « mandat » du contrat de l'huissier était tellement minime dans le contexte des services de ce dernier, que l'essence de sa mission demeurerait inchangée et qu'il s'agissait d'un contrat

101. Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, vol. 2 « Responsabilité professionnelle », 7^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 120 et 121.

Quant au contrat mettant en cause l'avocat, voir : *Bérocane inc. c. Masson*, préc., note 81.

102. *Park Avenue Chevrolet c. Leblanc*, préc., note 72, par. 17 et suiv.

de service¹⁰³. Or, dans cette seconde décision, la responsabilité de l'huissier par rapport aux tiers n'était pas en jeu. Celui-ci réclamait de son client les frais d'avocat payés pour contester une requête en annulation de la vente et pour outrage au tribunal qui alléguait qu'une ordonnance de sursis avait été ignorée. S'il y avait eu mandat, la Cour supérieure aurait pu déterminer que le mandant est responsable des frais. Y a-t-il contradiction réelle entre les deux décisions ? Selon nous, ce n'est pas le cas. La qualification doit être étudiée en fonction de chaque situation particulière. Dans la première affaire était en litige la relation avec les tiers, le mandat prenant ici une importance primordiale¹⁰⁴. Dans la seconde, seule la relation entre l'huissier et son client était en litige, mettant au premier plan le contrat de service.

Ces exemples démontrent que chaque cas est un cas d'espèce. Pour vraiment distinguer certains types de contrats mixtes, il faudrait se référer au genre d'obligations en cause dans chaque litige.

1.2.3 L'incidence de la nature des obligations en cause

Dès qu'un tribunal constate qu'un contrat est complexe, certains croient par principe qu'il faudrait conclure à la mixité¹⁰⁵. La majorité de la doctrine française exprime toutefois un avis contraire¹⁰⁶ en ce que le principe de la qualification unitaire devrait demeurer. Il est donc crucial de déterminer à quelles circonstances associer le contrat mixte.

En pratique, le contrat mixte se reconnaît au fait qu'il pourrait se diviser en contrats nommés distincts. À cet égard, il est possible de distinguer selon que la distribution qualificative se fera de deux manières : soit chronologiquement (suivant que les prestations doivent être exécutées en franchissant des phases distinctes et successives), soit simultanément (suivant que les prestations sont en même temps soumises aux mêmes règles)¹⁰⁷.

103. *Malo c. F.G. Bradley Co. Ltd.*, préc., note 72.

104. Une solution semblable a déjà été appliquée dans le cas du contrat de courtage : voir l'affaire *Goiset-Suarez c. Caponi*, REJB 2004-61333, par. 31 (C.Q.), où il est mentionné que le mandat n'est considéré qu'au moment où des gestes sont accomplis au nom du client.

105. A. BÉNABENT, préc., note 77, à la page 29.

106. P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, préc., note 51, p. 5 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, préc., note 28, p. 11 et 12.

107. Daniel MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2004, p. 18.

1.2.3.1 La distribution qualificative selon les phases d'exécution

Tout contrat implique diverses obligations qui ne seront pas nécessairement exécutoires au même moment. Les devoirs des parties peuvent donc être modifiés pendant la «vie contractuelle» de la convention. Les obligations pouvant évoluer ou se modifier dans le temps, il est logique de penser que la nature du contrat pourra changer en cours d'exécution¹⁰⁸. Un contrat peut prévoir la location, puis l'entretien d'une pièce d'équipement. Un autre peut prévoir un prêt pour une période d'essai, puis une vente¹⁰⁹. Dans ces cas, la pure juxtaposition de contrats nommés devient évidente.

Dans l'affaire *Metrans Warehousing Co. c. Savroche Enterprises inc.*¹¹⁰, la Cour d'appel a eu à déterminer la nature juridique d'un contrat par lequel Metrans s'était engagée à entreposer et livrer des vêtements en denim arrivés au pays par conteneurs, lesquels vêtements appartenaient à Savroche. La nature du contrat devait permettre de déterminer les obligations et plus particulièrement la responsabilité de Metrans pour la perte d'une partie de la marchandise pendant une période d'entreposage prolongée à la demande de Savroche. Le tribunal verra un contrat mixte dans cette entente :

Metrans a tort de prétendre qu'il s'agirait plutôt d'un contrat innomé tenant à la fois du mandat, du dépôt et du prêt à usage [...] La convention initiale comportait à la fois un volet transport et un volet dépôt volontaire, et l'acceptation de Metrans que la marchandise séjourne sur son terrain plus longtemps que prévu [...] a uniquement prolongé la durée de la convention de dépôt¹¹¹.

La Cour d'appel applique donc les dispositions relatives au dépôt pour déterminer l'intensité de l'obligation de Metrans. Elle a vu un contrat mixte qui s'accomplissait en deux temps, d'abord un contrat de dépôt, puis un contrat de transport. Bien que la Cour d'appel ne l'explique pas, il aurait été difficile d'adopter une qualification unique, compte tenu de l'importance vraisemblablement équivalente des deux opérations juridiques envisagées.

1.2.3.2 La distribution qualificative selon la prestation en cause

Il peut arriver que divers éléments d'un contrat puissent, au même moment, être soumis à des règles différentes. Cela peut survenir selon

108. P. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, préc., note 28, p. 12.

109. Par exemple, voir l'affaire *Young c. Yaxley*, [2001] J.Q. n° 251 (C.S.) (QL/LN), où une promesse de vente suivait une période de location.

110. *Metrans Warehousing Co. Ltd. c. Savroche Enterprises Inc.*, [1992] R.R.A. 472 (C.A.).

111. *Id.*, 473. Il s'agit du résumé de l'arrêtiste qui synthétise bien ce jugement complexe. Pour le jugement intégral, voir *Metrans Warehousing Co. Ltd. c. Savroche Enterprises Inc.*, EYB 1992-64055.

la volonté des parties ou suivant la loi (lorsque les règles d'un contrat renvoient à un autre)¹¹². Ainsi, si nous reprenons l'exemple du contrat de gestion, il est logique de penser que, au moment de représenter le principal auprès de tiers, les règles du mandat s'appliqueront. Sous d'autres aspects regardant uniquement les parties entre elles, les règles du contrat d'entreprise devraient s'appliquer. Il n'y a pas ici de véritable chronologie, toutes les obligations étant susceptibles d'exécution simultanée ou rapprochée dans le temps. Lorsqu'un juriste constate qu'un contrat contient deux facettes distinctes, il pourra conclure à la mixité. Il en est ainsi lorsqu'un contrat d'enseignement de l'anglais emporte non seulement l'obligation de donner des cours, mais également l'obligation de vendre du matériel pédagogique pour les cours¹¹³. Il est alors possible d'arguer qu'il s'agit de deux facettes distinctes d'une même relation, le client cherchant à obtenir de l'enseignement de même qu'à conserver du matériel de référence une fois le cours terminé. Le contrat de courtage immobilier pourrait également être rapproché de ces exemples lorsque ce contrat de service inclut un mandat, par lequel le client donne au courtier le pouvoir de le représenter.

Les auteurs ont toutefois exprimé une réserve quant à la reconnaissance de la mixité en cas d'exécution simultanée. Il conviendrait d'appliquer alors un critère de rationalité : « Ces contrats mixtes ne doivent être reconnus que là où cela est rationnel. Il n'en est pas ainsi si un transporteur déclare assurer les colis à concurrence de tant. On ne peut voir là une assurance jointe au transport, mais seulement une clause du transport¹¹⁴. » Il importe en effet de ne pas confondre une opération juridique distincte avec une simple modalité d'exécution de l'obligation principale. De la même manière, le tribunal ne verra pas une donation dans le rabais accordé à l'acheteur qui paie avant terme.

2 Les qualifications innommées

Lorsque ni la qualification unique ni la qualification distributive ne peuvent être appliquées, il ne restera qu'un choix au juriste qui voudra donner un nom au contrat : reconnaître que ce dernier n'en porte pas, qu'il s'agit d'un contrat innommé. Il y aura recours à ce concept en désespoir

112. P. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, préc., note 28, p. 12.

113. *Institut linguistique provincial Inc. c. Therrien*, [1977] C.P. 362, 363.

114. R. DEMOGUE, préc., note 91, p. 910. Voir aussi J. HAUSER, préc., note 22, p. 149.

de cause¹¹⁵, s'il est impossible de conclure à un contrat nommé ou à un contrat mixte¹¹⁶.

Cependant, tous ne s'entendent pas sur la définition exacte de cette notion. Une fois le contrat innommé circonscrit (2.1), nous étudierons cette catégorie de contrat comme étant le choix subsidiaire en matière de qualification (2.2).

2.1 La qualification de l'innommé comme catégorie distincte

Le tribunal devra parfois analyser des contrats qui n'entrent pas dans les moules « préfabriqués » par le législateur que ce soit dans son code civil ou ailleurs. Il peut en effet arriver que les parties s'obligent à des conditions ou dans des circonstances que le législateur n'a pas prévues ou qu'il n'a pas jugé bon de réguler. Personne ne doute aujourd'hui que les contrats peuvent exister en dehors des catégories nommées dans le Code civil¹¹⁷. Toutefois, il n'en a pas toujours été ainsi.

Aussi est-il pertinent, selon nous, dans le but de saisir l'application contemporaine de la notion d'innommé, de faire un bref survol historique de la notion (2.1.1). Puis, pour circonscire le concept de manière appropriée, nous nous demanderons, à l'instar de certains auteurs, si l'innommé ne perd pas cette qualité à partir du moment où il reçoit un nom, même s'il n'est pas désigné ainsi par le législateur (2.2.2).

2.1.1 L'évolution du contrat innommé

En droit romain, les pactes nus¹¹⁸ et les simples conventions étaient dépourvues d'effet¹¹⁹. Les citoyens ne pouvaient que réclamer l'exécution des formes contractuelles reconnues. Les accords étrangers à ceux qui

115. Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4 « Les obligations », 22^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2000, p. 59.

116. Voir en ce sens : Cass. soc., 19 déc. 1952, préc., note 79. Certains ont toutefois émis l'hypothèse qu'en théorie l'innommé devrait être le principe et non l'exception, compte tenu du principe de la liberté contractuelle : Henri DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 4 « Les principaux contrats », 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 10.

117. Même s'il y a déjà eu, en vertu du *Code civil du Bas Canada*, des doutes nécessitant l'intervention des tribunaux après que certaines parties ont plaidé la nullité ou l'inexistence de conventions non précisément prévues dans le Code : voir, par exemple, les affaires *Consumers Cordage Co. Ltd. c. St-Gabriel and Hydraulic Co. Ltd.*, [1945] R.C.S. 158, 166, *Birks c. Birks*, [1983] C.A. 485, 490, et *E. & S. Salsberg Inc. c. Dylex Ltd.*, [1992] R.J.Q. 2445, 2449 et 2450 (C.A.).

118. Le « pacte nu » se définit comme l'entente à laquelle la loi n'attache aucune force exécutoire. Voir J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, préc., note 26, p. 752.

119. *Ex nudo pacto actio non nascitur*. Voir D. GRILLET-PONTON, préc., note 25, par. 3.

étaient décrits dans l'Édit n'avaient aucune force obligatoire, et il n'existait aucun moyen de les faire valoir¹²⁰. Dans le monde romain, l'action précédait le droit et celui-ci était essentiellement procédural¹²¹. Graduellement, les justiciables ont réclamé restitution dans le cas des contrats exécutés partiellement, même si ceux-ci n'étaient pas expressément prévus dans l'Édit (échange). Ainsi est née la notion de contrat innommé. C'est grâce à cette notion que le concept d'*obligatio* a reçu une application plus générale¹²². Sous Justinien, au II^e siècle, est apparue l'action en exécution de la prestation convenue (*actio prescriptis verbis*) où était sanctionné tout accord de volonté¹²³. Cette action n'était applicable qu'aux contrats innommés pour lesquels une partie s'était déjà exécutée (acte matériel d'exécution obligatoire). Le droit romain contenait donc à cette époque le germe de la théorie de l'autonomie de la volonté, principe voulant que la simple expression d'un consentement crée des obligations ayant force obligatoire.

Il faudra attendre le XIII^e siècle pour que la doctrine, sous l'influence du droit canon, reconnaisse le principe de l'autonomie de la volonté de façon presque intégrale¹²⁴. La seule parole permettra alors de lier une personne. Le Code civil français (art. 1134) reconnaîtra également le principe du consensualisme¹²⁵, lequel impliquait nécessairement l'existence du contrat innommé¹²⁶. Celui-ci se déduit également de l'article 1107 du Code civil français¹²⁷.

La distinction entre le nommé et l'innommé demeure d'actualité même si certains en ont douté. Dans un texte fort discuté publié au début du XX^e siècle, Planiol a écrit qu'il n'y avait pas de contrat innommé en droit français puisque même les nouvelles formes contractuelles inventées étaient d'un genre déjà connu¹²⁸. Planiol voulait surtout dire que l'in-

120. D. GRILLET-PONTON, préc., note 25, par. 177.

121. J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, préc., note 52, p. 126.

122. D. GRILLET-PONTON, préc., note 25, par. 5 et 6.

123. *Id.*, p. 10.

124. A. LAINGUY, préc., note 26, à la page 39. Toutefois, le droit exigeait le serment religieux comme condition de formation.

125. Ce principe était au cœur des préoccupations des premiers codificateurs français : Jean-Louis HALPÉRIN, *L'impossible Code civil*, Paris, Presses universitaires de France, 1992, p. 129.

126. La même dichotomie entre le nommé et l'innommé existe également en droit suisse, belge et italien : D. GRILLET-PONTON, préc., note 25, par. 15.

127. Article 1107, al. 1 du Code civil français : « Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre. »

128. Marcel PLANIOL, « Classification synthétique des contrats », *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1904.470, 486, cité dans J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, préc., note 52, p. 126.

nommé n'avait pas le même sens en droit français qu'en droit romain¹²⁹. La position de Planiol exprimait à tout le moins l'inconfort de la doctrine et de la jurisprudence française avec l'innommé au début du xx^e siècle¹³⁰. D'ailleurs, bien que certains analystes croient généralement que la théorie romaine est devenue désuète, elle aura toutefois le mérite d'expliquer pourquoi, dans la tradition civiliste, il existe une appréhension à l'égard de la qualification innommée.

Au Québec, la doctrine admettra d'abord ce qu'elle désignera comme les conventions innommées¹³¹ ou *sui generis*. Toutefois, à l'instar de la jurisprudence française, les tribunaux québécois se sont montrés hésitants à recourir au concept en pratique. Ainsi, nous n'avons trouvé que peu de jurisprudence y ayant eu recours au début du xx^e siècle. Il faudra attendre la seconde moitié du xx^e siècle pour voir la notion se répandre dans les jugements. Pourtant, cette hésitation n'avait pas lieu d'être. Le Code civil reconnaît précisément que les contrats nommés ne représentent qu'une partie des entités contractuelles pouvant être conclues, et ce, en raison du principe de la liberté contractuelle. Pourquoi, encore récemment, les tribunaux ont-ils ressenti le besoin non seulement de définir le contrat innommé, mais également d'en reconnaître le caractère obligatoire¹³² ?

Pourtant, les contractants, eux, n'ont pas hésité à créer des contrats qui sortaient des sentiers battus afin d'adapter les accords aux différents besoins de la vie. Non seulement les parties pouvaient créer de toutes pièces un nouveau type de contrat, mais elles ont également importé graduellement de l'étranger diverses formes contractuelles (*know-how*, *franchising* ou *leasing*, fiducie)¹³³. Nous joignons en annexe une liste de

129. D. GRILLET-PONTON, préc., note 25, par. 16.

130. À propos de cet inconfort, voir François GÉNY, *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, vol. 3 «Élaboration technique du droit positif», Paris, Sirey, 1921, p. 136 et 137.

131. Bien que les premiers auteurs en reconnaissent l'existence, ils s'attardent très peu au concept : Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 5, Montréal, C. Théoret, 1901, p. 185.

132. *E. & S. Salsberg Inc. c. Dylex Ltd.*, préc., note 117, 2449 et 2450.

133. D. GRILLET-PONTON, préc., note 25, par. 20.

différents contrats qui ont été reconnus par la jurisprudence québécoise comme innommés¹³⁴ ou *sui generis*¹³⁵.

Parmi ces contrats reconnus comme innommés, certains ont donné lieu au développement d'un corps jurisprudentiel important. Partant, il serait justifié de se questionner à propos de la survie de l'innommé lorsque la pratique et la jurisprudence semblent reconnaître un régime juridique distinct.

2.1.2 La survie du contrat innommé à sa reconnaissance

Comme certains auteurs le font, nous pourrions prétendre que l'innommé est une catégorie « mort-née¹³⁶ ». Dès qu'un contrat serait ainsi qualifié, le tribunal déterminerait un régime juridique qui lui serait propre et il deviendrait alors un nouveau contrat nommé. Il est vrai que les tribunaux ont tendance à créer des régimes juridiques particuliers pour certains contrats innommés. Ainsi, s'est développée une jurisprudence constante en matière de franchise, par exemple en matière d'obligation de renseignement¹³⁷. S'installerait alors une pratique faisant en sorte que l'innommé deviendrait nommé¹³⁸.

Aux seules fins de la qualification, nous ne retiendrons pas cette notion de « plus ou moins » innommé. Comme nous le verrons, élever cette détermination au statut de contrat nommé dénaturerait l'institution. Dans le contrat innommé, les parties sont libres de créer une entité qui n'a rien à voir avec les règles préétablies. Il ne saurait donc être question d'imposer

134. Cette liste ne saurait évidemment être exhaustive : nous avons simplement voulu donner une série d'exemples où la qualification du contrat a été, même sommairement, discutée. Le recours à la jurisprudence antérieure à 1994 est limitée compte tenu, avec l'arrivée du nouveau Code, du contrat de service qui exigerait un réexamen de plusieurs affaires.

135. Mélanie PAINCHAUX, « La qualification *sui generis* : l'inqualifiable peut-il devenir catégorie ? », R.R.J. 2004.3.1567, 1569. Dans cet article, l'auteure propose que le contrat *sui generis* pourrait être distingué du contrat innommé proprement dit, en ce que l'innommé pourrait être un dérivé d'une catégorie nommée et que le *sui generis* pourrait être vu comme véritablement autonome. Cette distinction ne semble pas, pour le moment, avoir été l'objet d'une accréditation générale. D'ailleurs, ce genre de distinction n'a reçu aucune approbation en droit québécois. Voir aussi J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, préc., note 52, p. 127 et 128 qui, de leur côté, croient que le *sui generis* représente l'autonomie d'un type contractuel défini par l'autorité normative ou imaginé par les parties, eu égard à d'autres types contractuels. Pour d'autres auteurs, il n'y a aucune distinction à faire quant à cette notion : Alain BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, 11^e éd., Paris, Montchrestien, 2007, p. 17.

136. M. PAINCHAUX, préc., note 135, 1581 ; F. TERRÉ, préc., note 54, p. 491.

137. Jean H. GAGNON, *La franchise au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, feuilles mobiles, à jour en septembre 2006, p. 228.8-228.10.

138. P. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, préc., note 28, p. 5.

aveuglément un régime juridique qui n'est prévu dans aucune loi. Par conséquent, nous tiendrons pour acquis, aux fins du processus de qualification, que l'innommé ne perd pas son nom dès qu'il est qualifié comme tel. D'ailleurs, la majorité des auteurs français réserve le titre de contrat nommé à ceux qui font l'objet d'une réglementation spécifique¹³⁹.

Pour la plupart des auteurs québécois, la reconnaissance d'une figure contractuelle par la doctrine ou la jurisprudence n'entraîne pas un statut nommé. Au contraire, des auteurs continuent, par exemple, de parler du contrat de franchise comme d'un contrat innommé¹⁴⁰. Ainsi, nous devrions conclure que le contrat de franchise n'a pas atteint le statut de contrat nommé, bien que de multiples textes et décisions en décrivent le régime juridique particulier¹⁴¹. En effet, force nous est de constater qu'il n'existe aucune définition de ce contrat posée par la loi ou les tribunaux qui impose l'application de règles particulières ou, à défaut, en interdit l'application¹⁴².

Il semble donc difficile de reconnaître un régime juridique nécessairement uniforme aux contrats innommés. Dans ce sens, il apparaît possible de faire un rapprochement avec d'autres institutions du droit civil, tel l'usage qui fait partie du contenu implicite du contrat¹⁴³. Ainsi, l'usage, tout comme le contrat innommé, ne constituerait pas une norme juridique à proprement parler, mais plutôt le reflet d'une pratique¹⁴⁴. Nul ne saurait, par conséquent, appliquer un usage donné à tous les contrats. Encore faut-il déterminer que les parties ont voulu implicitement l'inclure dans leur contrat. Il en va de même dans le cas du contrat innommé : peut-être les parties auront-elles implicitement voulu intégrer à leur contrat de franchise une règle reconnue par la jurisprudence pour ce genre de contrat, mais peut-être pas. Il apparaît donc dangereux d'élever les contrats innommés en catégories indépendantes.

139. B. PETIT, préc., note 9, n° 27 ; Boris STARCK, Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Droit civil. Les obligations*, vol. 2 « Contrat », 6^e éd., Paris, Litec, 1998, n° 124 ; François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2005, n° 61, p. 70 ; Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 3^e éd., Paris, Defrénois, 2007, p. 200. D'autres admettent que la pratique peut « nommer » un contrat : Judith ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1999, p. 44 ; D. GRILLET-PONTON, préc., note 25, par. 204.

140. J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 64, p. 70 ; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 12, p. 59 et 60.

141. Paul-André MATHIEU, *La nature juridique du contrat de franchise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, p. 75 et suiv.

142. Voir, à cet égard, C. LAVABRE, préc., note 70, 291.

143. Art. 1434 C.c.Q.

144. Pour une discussion de cette question, voir D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 12, p. 786 et 787.

Bien qu'il soit tentant de ramener un contrat innommé à un contrat nommé, il s'agirait, selon nous, d'une pure fiction juridique, d'un artifice qui ferait ressortir l'étroitesse des catégories contractuelles existantes¹⁴⁵. Un auteur a d'ailleurs suggéré de parler plutôt de « nouvelles figures contractuelles¹⁴⁶ ». Cela aurait l'avantage d'éviter toute confusion dans les termes.

2.2 La qualification subsidiaire

Il existe une certaine résistance devant l'innommé en ce que la théorie traditionnelle du contrat favorise les formes connues et hésite à concevoir le domaine du contrat au-delà des transactions traditionnelles¹⁴⁷. Ainsi, François Gény parlait d'une « hantise de contrats dénommés, spécifiés, déterminés et suivant des types rigides¹⁴⁸ ». En effet, les juges ont tendance à tout ramener aux contrats nommés pour satisfaire à des exigences d'ordre et de sécurité juridique¹⁴⁹. Il ne faut pas non plus négliger la tendance naturelle du juriste à trouver du réconfort dans les catégories préexistantes¹⁵⁰, ce qui entraîne en pratique de la confusion¹⁵¹.

Cette résistance n'a toutefois pas lieu d'être. Compte tenu du principe de la liberté contractuelle, il est tout à fait naturel de donner libre cours à la créativité des justiciables qui, dans un monde en perpétuel changement, créent constamment de nouveaux contrats pour répondre à leurs besoins. Depuis la révolution industrielle et plus particulièrement depuis la Seconde Guerre mondiale, les justiciables ont été particulièrement créatifs afin de se donner des outils contractuels adaptés aux besoins d'une économie de plus en plus diversifiée¹⁵². En conséquence, certains ont constaté en France que

145. J.-F. OVERSTAKE, préc., note 3, p. 12.

146. Jacques GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, « Les principaux contrats spéciaux », 2^e éd. par Jérôme HUET, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 16.

147. Jean-Guy BELLEY, « Les incertitudes du contrat », dans Ejan MACKAAY (dir.), *Les incertitudes du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 1, à la page 9.

148. F. GÉNY, préc., note 130, p. 135.

149. D. GRILLET-PONTON, préc., note 25, par. 23.

150. J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, préc., note 52, p. 132 ; Roger PERROT, *De l'influence sur la technique sur le but des institutions juridiques*, Paris, Sirey, 1953, p. 152 : « L'esprit humain a une tendance à procéder par raisonnement d'analogie, plutôt que de se mettre en face des réalités pour se dégager des formules techniques qui servent à les satisfaire. »

151. Voir, par exemple, l'affaire *Delbuguet c. La Cour du Québec*, [2004] R.J.Q. 2241 (C.S.), [2004] J.Q. n° 7371 (QL/LN), où le tribunal décide du même souffle que le bail en propriété (droit d'occupation d'un logement en contrepartie d'acquisition de parts dans une personne morale) est un contrat innommé, mais qu'il respecte la définition de bail prévue dans le Code civil.

152. P. JESTAZ, préc., note 23, à la page 29. Pour une liste de ces besoins constatés en droit français, voir Jean-Marie LELOUP, « La création de contrats par la pratique commerciale », dans *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, préc., note 39, p. 167.

cette tendance à se méfier de l'innommé serait en train de s'amenuiser avec la reconnaissance de nouveaux objets de contrats, d'avant-contrats, de nouveaux moyens de crédit et de sûretés¹⁵³. Cette tendance peut s'observer au Québec où l'existence de l'innommé n'est plus remise en cause et où la jurisprudence récente semble être moins hésitante à faire appel à la notion.

La multiplication des types de contrats entraîne cependant des difficultés grandissantes de qualification¹⁵⁴. En effet, les tribunaux hésitent parfois entre diverses solutions pour le même type de contrat : le contrat de distribution est parfois nommé ou innommé ; le contrat de garde d'un animal est parfois un dépôt, un contrat de service ou un contrat mixte¹⁵⁵, le contrat d'honoraires de recherche (*finder's fee*) est parfois un contrat de courtage assimilé au mandat ou au contrat de service, parfois un contrat innommé¹⁵⁶.

Par opposition, pour certaines personnes ne voyant pas ces problèmes, la qualification innommée peut s'avérer une solution de facilité¹⁵⁷. Il s'agirait de la démonstration d'un embarras qui ne fait « pas avancer la question d'un pas¹⁵⁸ ». Selon ce courant de pensée, le choix de l'innommé ne se ferait pas en raison de l'impossibilité de se rattacher à une catégorie connue, mais plutôt en raison de l'embarras des tribunaux ou d'une qualification qui heurterait les convictions¹⁵⁹.

En fait, selon ce dernier courant de pensée, l'idée n'est pas tant de militer contre l'innommé qu'en faveur d'un processus rigoureux poussant l'analyse à terme¹⁶⁰. Il ne faut pas se contenter d'écarter l'incertitude en ayant recours à l'innommé. Il faudrait plutôt avoir acquis la certitude que les catégories préexistantes ne sont pas appropriées. En effet, les conséquences de la qualification sur le régime juridique sont importantes, et il est faux de croire que les règles applicables aux contrats nommés « voisins » sont automatiquement applicables par analogie¹⁶¹.

153. D. GRILLET-PONTON, préc., note 25, par. 23.

154. L. CADIEU, préc., note 7, à la page 19.

155. Sur ces questions, voir *supra*, section 1.1.3.

156. À ce sujet, voir Henri RICHARD, « Le contrat de "Finder's Fee" et le courtage immobilier », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, vol. 217, *Développements récents en droit immobilier* (2004), *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2004DEV647.

157. M. PAINCHAUX, préc., note 135, 1571. *Contra* : J. HUET, préc., note 146, p. 18 et suiv.

158. Cass. com., 20 déc. 1949, S. 1950.Jur.61, 62, note MEURISSE.

159. M. PAINCHAUX, préc., note 135, 1571.

160. *Id.*, 1574.

161. *Birks c. Birks*, préc., note 117, 495 : « Mais, comme je le crois, si le "voting trust" participe du mandat, il n'est pas qu'un mandat et en conséquence, je ne saurais appliquer à cette convention particulière, innommée, les règles d'un contrat nommé. »

Il faut, dans le contexte de la qualification, donner suite à l'intention des parties qui désirent possiblement s'éloigner des schèmes connus. En effet, rien n'empêche les parties de vouloir s'exempter des règles des contrats nommés voisins si cela satisfait leurs besoins¹⁶². L'innommé ne connaît que deux limites : l'imagination et l'ordre public¹⁶³.

Par ailleurs, compte tenu des éléments pertinents par rapport à la qualification que nous avons décrits précédemment, il est logique de s'interroger sur l'obligation fondamentale ou la prestation caractéristique. Faut-il rechercher la prestation caractéristique d'un contrat innommé ? Or, cet élément sert d'abord à rapprocher le contrat à l'étude d'une convention nommée. Ainsi, dans un contexte innommé, mettre en évidence la prestation caractéristique ne serait utile que dans le but de le dissocier des contrats nommés connus. Convierait-il d'encourager la tendance des tribunaux à reconnaître les prestations caractéristiques des contrats innommés¹⁶⁴ ? Ainsi, les tribunaux n'hésitent pas à décrire à quelles conditions il sera possible de qualifier la franchise¹⁶⁵, le contrat de société nominale¹⁶⁶ ou la concession¹⁶⁷. La prudence est ici de rigueur. Cette tendance ignore le processus de qualification préalable. Avant de se demander si un contrat remplissait les conditions d'existence de la franchise (et ainsi conclure qu'il était innommé), le tribunal s'est-il interrogé sur la possibilité de la rattacher d'abord à un ou plusieurs contrats nommés ? Cette catégorisation de l'innommé n'est pas sans conséquence, puisqu'il y a risque de développer un régime juridique distinct pour chaque catégorie. Par exemple, il se pourrait que certains disent de tous les contrats d'approvisionnement, souvent qualifiés d'innommés, qu'ils sont d'adhésion, sans plus d'analyse¹⁶⁸, alors qu'il faut évaluer cette réalité au cas par cas. Les tribunaux ne voudront pas créer de catégories étanches de contrats innommés, cette qualification

162. D. GRILLET-PONTON, préc., note 25, par. 23.

163. B. PETIT, préc., note 9, n° 27.

164. Cette tendance mène vers une sorte de « réglementation privée ». Pour des exemples, voir P. JESTAZ, préc., note 23, à la page 23.

165. Voir par exemple : 2328-4938 *Québec inc. c. Naturiste J.M.B. inc.*, [2000] R.J.Q. 2607, par. 124 et suiv. (C.S.) (appel rejeté sur requête, C.A., 29-03-2005, 500-09-010150-001, 2005 QCCA 356) ; *Les Franchises Internationales Vct Inc. c. Gestion Cbp Beauport Inc.*, J.E. 2003-1505, par. 24 (C.Q.), [2003] J.Q. n° 9090 (QL/LN).

166. *Cimon c. Arès*, 2005 QCCA 9, par. 71, J.E. 2005-201, 2005 CarswellQue 82 (WeC).

167. À cet égard, voir Pierre F. DELORME, « Les contrats de licence, de distribution et de concession », dans Denys-Claude LAMONTAGNE (dir.), *Droit spécialisé des contrats*, vol. 2 « Les contrats relatifs à l'entreprise », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 307, aux pages 328 et suiv.

168. Gérard DUGRÉ et Stéfan MARTIN, « Les contrats nommés », dans Paul-André COMEAU et autres (dir.), *Le nouveau Code civil du Québec : un bilan*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1995, p. 53, à la page 61.

devant demeurer souple et susceptible de s'adapter à toute situation. Ils ont d'ailleurs déjà mis en garde les juristes contre la tentation de généraliser les catégories de contrats innommés, notamment en matière de distribution¹⁶⁹.

Évidemment, les tribunaux ont pris l'habitude des catégories de contrats dans le but de régler des problèmes concrets. Ainsi, lorsqu'un tribunal décide qu'un contrat d'agence ou de distribution est un contrat innommé qui n'est ni un mandat ni un contrat de service, il règle le problème de la nécessité d'un préavis afin de résilier l'entente¹⁷⁰. Les juges pourront ultérieurement se référer à cette décision si un problème semblable survient¹⁷¹. Il s'agit surtout d'un exercice comparatif et non de la création de nouvelles catégories entières et étanches. Le danger consiste à négliger l'analyse devant mener à la qualification ou de simplement comparer les deux contrats sans se poser l'ensemble des questions pertinentes. La qualification exige un processus plus rigoureux¹⁷².

Notons au passage que les tribunaux emploient souvent une expression qui prête à confusion en présence de contrats innommés. Ils disent fréquemment qu'un contrat innommé «s'apparente à» un autre contrat nommé. Il est évidemment compréhensible que les tribunaux cherchent à établir des liens avec les notions connues. Ici encore, la prudence est de mise. Le risque serait d'appliquer automatiquement le régime juridique du contrat voisin. Il faut plutôt tenir pour acquis que, si le législateur n'a pas prévu d'obligations pour les parties dans un contrat précis, il a voulu soit rester en retrait, soit amener les parties à régir elles-mêmes l'ensemble de leurs relations¹⁷³.

Bien qu'il ne semble pas souhaitable de créer des catégories étanches de contrats innommés, encore faut-il savoir à quelles circonstances il

169. *Conexsys Systems inc. c. Aime Star Marketing inc.*, préc., note 50, par. 118: «Il n'y a pas de contrat de distribution type. Les termes du contrat varient selon le champ d'activités et les parties auxquelles ils s'appliquent. Chaque cas est un cas d'espèce qu'il faut examiner selon ses circonstances particulières.»

170. *Universal Paper Export Co. v. Tembec inc.*, [2001] Q.J. n° 5227, par. 70 (C.S.) (LN/QL).

171. A ainsi été élaboré un contenu obligationnel implicite pour divers contrats innommés, dont la franchise: Générosa BRAS MIRANDA, «Le contenu obligationnel du contrat de franchise internationale en droit québécois», (1998) 32 *R.J.T.* 817; Éric-François CÔTÉ, «Les obligations implicites du franchiseur en droit civil québécois», (1999) 7 *Repères* 366.

172. Pour François GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 1, Paris, L.G.D.J., 1954, p. 161, cette manie de créer des catégories contractuelles freine l'évolution du droit.

173. P. JESTAZ, préc., note 23, à la page 24.

convient de les rattacher. Malgré une certaine controverse doctrinale¹⁷⁴, il semble possible d'associer l'innommé à deux situations distinctes. D'abord, certains contrats innommés sont issus d'une fusion entre les opérations juridiques liées à deux ou plusieurs contrats nommés (2.2.1). Ensuite, les justiciables peuvent aussi créer de toutes pièces des contrats qui ne peuvent se rattacher aux modèles connus (2.2.2).

2.2.1 L'innommé fusionné ou atypique

Il est loisible aux contractants de réaliser un tel mélange des opérations prévues aux contrats nommés que la nature de leur entente s'en trouvera modifiée. Par exemple, la convention fusionne les obligations fondamentales de divers contrats nommés. Il s'agirait là du contrat innommé le plus courant¹⁷⁵. Ainsi, selon l'acceptation classique en droit québécois, le contrat de franchise ne s'adapte à aucune institution connue du droit civil et « participe » à la fois du mandat, du louage, de la vente et de la société¹⁷⁶. Ce genre d'innommé est dit « atypique » en ce qu'il déroge aux « types » de contrats déjà connus¹⁷⁷.

L'innommé fusionné apparaît dans deux situations distinctes. D'abord, en le comparant avec le contrat mixte, le tribunal considère le contrat innommé lorsqu'il est irréductible à la pure addition des contrats qui le composent¹⁷⁸. Le contrat est-il davantage que la somme de ses parties, le mélange définit-il le contrat ?¹⁷⁹ François Terré parle d'un alliage qui

174. J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, préc., note 52, p. 78 et 79; D. GRILLET-PONTON, préc., note 25, par. 162 et suiv.; J. ROCHFELD, préc., note 139: il ne faut pas confondre la « typicité » décrite par Dominique Grillet-Ponton et celle de Judith Rochfeld, deux chercheuses importantes dans le domaine de la typicité des contrats. La seconde a suggéré une nouvelle approche quant à la classification des contrats selon que ceux-ci correspondent ou non à une manifestation répétée de la pratique. Ainsi, les contrats typiques incluraient les contrats nommés de même que les contrats innommés qui sont répandus en pratique. Seuls les contrats innommés qui ne comprennent aucune référence aux modèles connus seront atypiques. Pour Dominique Grillet-Ponton, les dénominations sont inversées quant aux contrats innommés, le contrat clairement indépendant étant typique et le contrat lié à d'autres contrats nommés étant atypique. Aux fins du présent texte, nous adopterons cette dernière position.

175. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, préc., note 139, p. 71.

176. P.-A. MATHIEU, préc., note 141, p. 75; 2746-7257 *Québec inc. c. 2732-1736 Québec inc.*, 1992 CarswellQue 1393, par. 20 (C.S.) (WeC).

177. D. GRILLET-PONTON, préc., note 25, par. 163.

178. *Id.*, par. 99.

179. Georges RIPERT et Jean BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. 2 « Obligations, contrat, responsabilité, droit réels, biens, propriété », Paris, L.G.D.J., 1957, p. 38.

dépasse la simple juxtaposition de contrats nommés¹⁸⁰. Il ne faudrait pas en effet que le simple mélange de contrats nommés permette de conclure à l'innommé¹⁸¹.

Ainsi, le contrat de franchise pourrait être plus que la simple addition des contrats de vente, de louage, de mandat ou de société, par exemple¹⁸². En effet, le franchiseur peut vendre ou louer du matériel lié à la franchise, le franchiseur peut permettre au franchiseur de la représenter à des fins de publicité, les parties peuvent s'entendre pour partager certains profits, et ainsi de suite. Ces divers aspects sont tellement imbriqués que certains auteurs considèrent que s'est développé de cette manière le caractère unique de ce contrat, que ce genre d'obligation a évolué pour représenter une nouvelle réalité¹⁸³. Si ce contrat est souvent vu comme une création originale, les tribunaux ont toutefois recours aux dispositions des différents contrats nommés afin de régler les litiges. Or, cet état de fait cadre mal avec la notion d'innommé. Le contrat de franchise pourrait être vu comme un contrat mixte, même si plusieurs le considèrent d'emblée comme innommé¹⁸⁴. Lorsqu'un juge de la Cour supérieure écrit que, « dans le droit québécois, le contrat de franchise est un contrat innommé qui participe à la fois du mandat, du louage et de la société [...], sans correspondre parfaitement à l'un ou l'autre de ces types de contrats¹⁸⁵ », veut-il dire que, fusion oblige, aucun contrat particulier n'est inclus dans l'ensemble ? Certains pourraient prétendre que l'application des différents régimes mènerait éventuellement à des contradictions inévitables¹⁸⁶. À notre avis, chaque situation doit être étudiée isolément et toute décision hâtive ne ferait que miner le processus de qualification.

Devant un contrat d'assistance technique et de location de pièces, la Cour d'appel a conclu qu'il s'agissait de plus qu'un simple bail, compte tenu que la complexité des équipements en cause était un aspect clé de la convention¹⁸⁷. Celle-ci forme donc un tout indivisible et devait être quali-

180. F. TERRÉ, préc., note 54, p. 481.

181. Par exemple, voir, à cet égard, l'affaire 2635-2377 *Québec Inc. c. RJR-MacDonald Inc.*, [1997] J.Q. n° 302 (C.S.) (QL/LN), où le tribunal conclut que le contrat de réservation d'un local constitue un contrat innommé au motif qu'il ne rejoint pas la définition du louage, et ce, sans se questionner sur la possibilité d'un contrat mixte.

182. 2328-4938 *Québec inc. c. Naturiste J.M.B. inc.*, préc., note 165, 2623.

183. P.-A. MATHIEU, préc., note 141, p. 75-77.

184. Zoubeir MRABET, *Les obligations du franchiseur. Étude du droit civil et du guide d'Unidroit sur les accords internationaux de franchise principale*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 2005, p. 7.

185. 2328-4938 *Québec inc. c. Naturiste J.M.B. inc.*, préc., note 165, 2623, par. 124.

186. Z. MRABET, préc., note 184, p. 14.

187. *Entreprise Jean Baillargeon inc. c. Coffrage Efco inc.*, [2002] J.Q. n° 392 (C.A.) (QL/LN).

fiée de contrat innommé¹⁸⁸. Le tribunal a aussi déterminé, par exemple, qu'un contrat-cadre lié à la confection de vêtements était innommé¹⁸⁹. Le contrat encadrait la relation entre les parties et prévoyait l'envoi de pièces de vêtements pour les coudre, soit 2 000 pièces par semaine à un prix fixé annuellement. La Cour d'appel a décidé que ce contrat ne cadrerait pas de manière appropriée avec les notions de mandat, de contrat de travail ou d'entreprise. D'autres exemples, tels que le contrat de soins médicaux ou le contrat de distribution commerciale¹⁹⁰, illustrent également la façon dont diverses obligations normalement issues de contrats nommés peuvent s'allier pour former un contrat innommé.

Il existe une autre situation dans laquelle l'innommé atypique est reconnu. Cette situation est liée au fait que les obligations du contrat ne sont pas indivisibles au point de faire ressortir une structure nommée¹⁹¹. Il est alors impossible de conclure soit à une qualification unique en raison de l'absence d'indivisibilité, soit à une qualification distributive parce que les conditions pertinentes de chacun des contrats nommés ne sont pas satisfaites. Entrent dans cette catégorie tous les contrats auxquels les parties auront donné une « valeur ajoutée » faisant en sorte qu'il y a éloignement de la qualification unique. Ainsi, sans intention de former une société, la convention d'association d'avocats sera innommée¹⁹². Le contrat de consignation est innommé parce que l'aspect « dépôt » n'est qu'accessoire¹⁹³. Il y aura donc un élément supplémentaire, positif ou négatif, résultant de l'unité de l'ensemble¹⁹⁴.

Pratiquement, le tribunal reconnaîtra ce genre d'innommé en ce que les parties modifient simplement une des caractéristiques essentielles d'un contrat nommé faisant en sorte que le régime légal devienne inapplicable. La jurisprudence révèle les exemples suivants de contrats innommés :

— un contrat préconstitutif (qui n'est pas un mandat)¹⁹⁵ ;

188. Cette affaire portait sur un contrat conclu avant 2004. Il faudrait aujourd'hui s'interroger à nouveau sur la qualification, compte tenu du contrat d'entreprise ou de service.

189. *E. & S. Salsberg Inc. c. Dylex Ltd.*, préc., note 117, 2449.

190. J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 64, p. 70.

191. J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, préc., note 52, p. 136 ; D. GRILLET-PONTON, préc., note 25, par. 105 et suiv.

192. *Castonguay c. Turcotte*, [2001] J.Q. n° 2827 (C.A.) (QL/LN).

193. *Harnois c. Richard*, [2005] R.J.Q. 3072, par. 42 (C.Q.). Voir aussi : *Trizec Equities Ltd. c. Hassine*, [1982] C.S. 1141 ; *Entreprises Piertrem (1989) inc. c. Pomerleau Les bateaux inc.*, préc., note 15.

194. F. TERRÉ, préc., note 54, p. 483 et 484.

195. *Monterosso c. Andreopoulos*, [1987] R.D.I. 373 (C.A.), [1987] J.Q. n° 1419 (QL/LN).

- un contrat de partage de dépenses (qui n'est pas une société en raison de l'absence de partage de profits)¹⁹⁶ ;
- un contrat de fourniture de biens (qui n'est pas un louage en raison d'une dette remboursée par le bénéficiaire)¹⁹⁷ ;
- un contrat d'approvisionnement (qui participe de la vente, du louage et du mandat)¹⁹⁸ ;
- un contrat pour l'exploitation d'une cafétéria (qui n'est pas un louage puisque l'obligation du propriétaire dépasse alors celle qui est liée à la jouissance des lieux)¹⁹⁹ ;
- un contrat de distribution exclusive (qui dépasse la relation client-fournisseur du contrat d'entreprise)²⁰⁰ ;
- un contrat pour la sollicitation de réclames publicitaires (qui n'est pas un mandat en l'absence de représentation)²⁰¹.

Il ressort de l'ensemble de ces exemples que les contrats innommés peuvent résulter d'une déviation des contrats nommés connus. Cependant, d'autres innommés sont créés par la seule imagination des parties.

2.2.2 L'innommé autonome ou typique

Les contractants peuvent conclure une entente tout à fait originale, qui s'éloigne tellement des contrats connus qu'ils découvrent en fait un objet nouveau à leur contrat²⁰². Le processus de qualification aura été, jusqu'à ce moment-là, un échec complet. La détermination des prestations essentielles du contrat ne permettra pas de le rattacher aux catégories nommées. Cet innommé sera alors perçu comme autonome des régimes déjà connus ou typiques, comme créant un nouveau « type » de contrat²⁰³. Il s'agirait, selon certains, des véritables contrats *sui generis*, c'est-à-dire ceux qui sont créés

196. *Canuel c. Fournier*, [1990] R.J.Q. 2253 (C.S.) (désistement d'appel).

197. *Xerox Canada ltée c. Pathfinder Marine inc.*, [1999] J.Q. n° 282 (C.S.) (QL/LN).

198. *Sobeys Québec inc. c. Placements G.M.R. Maltais inc.*, REJB 2000-20135 (C.S.). Voir aussi: *Air liquide Canada inc. c. Leetwo Metal inc.*, REJB 2005-85873 (C.S.), 2005 CarswellQue 263 (WeC) (appel rejeté sur requête, C.A., 21-02-2007, 500-09-015417-058, 2007 QCCA 337).

199. *Langevin-Fournier c. W.C.I. Canada inc.*, REJB 2001-27183 (C.A.).

200. *Universal Paper Export Co. c. Tembec inc.*, préc., note 170.

201. *Université de Sherbrooke c. Lambert Communications inc.*, 2007 QCCS 5926, par. 20, EYB 2007-127528.

202. J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, préc., note 52, p. 133. Il est entendu que ces nouveaux objets ne vont pas contre l'ordre public.

203. D. GRILLET-PONTON, préc., note 25, par. 164.

sans véritable référence à ce qui existe déjà²⁰⁴. L'existence de ces seuls contrats devrait rassurer ceux qui doutaient de la pertinence de l'innommé en droit civil québécois après 1994 en raison de la large définition du contrat d'entreprise ou de service²⁰⁵.

La jurisprudence a révélé divers exemples de ce genre d'innommé. Le contrat de coentreprise (*joint venture*) fait partie de ceux-ci. Il y a coentreprise lorsque deux ou plusieurs entreprises forment une alliance dans un but commercial précis²⁰⁶. Ce type de contrat existe au moins depuis le XIX^e siècle et est issu des juridictions de common law, particulièrement des États-Unis où il s'est répandu²⁰⁷. Au cours des ans se sont développés des critères autonomes pour reconnaître ce genre de contrat, et ce, en dehors des contrats nommés, plus particulièrement le contrat de société²⁰⁸. Bien que certains aient tenté d'assimiler la coentreprise au contrat de société²⁰⁹, force nous est de constater que, dans une véritable coentreprise, chaque partie demeure propriétaire de son apport et qu'il n'y a pas partage des profits. Chaque partie reçoit pour elle-même les bénéfices issus de ses propres biens. Par exemple, dans l'affaire *Howard Edde inc. c. N. McCubbin Consultants inc.*²¹⁰, diverses entreprises s'étaient entendues afin de fournir de l'information dans le but de préparer un rapport environnemental qui serait remis au gouvernement. Clairement, chaque partie agissait pour son propre bénéfice, distinct des autres, ce qui justifiait une qualification innommée.

204. M. PAINCHAUX, préc., note 135, 1577 et 1578. Cette distinction, qui apparaît purement terminologique, ne trouve aucune assise en droit québécois où les termes innommés et *sui generis* sont interchangeables.

205. Sophie DUFOR et autres, *Recueil du cours DRT-100 (Obligations I)*, Sherbrooke, Faculté de droit, Université de Sherbrooke, 2006-2007, p. 34.

206. Voir aussi la définition à l'article 3 de la *Loi sur Investissement Canada*, L.R.C. 1985, c. 28 (1^{er} suppl.).

207. Caroline PERRON et Hoang H. MAI, « Quelques réflexions sur la notion et l'application du *joint venture* au Québec », dans D.-C. LAMONTAGNE (dir.), préc., note 167, p. 343, à la page 349.

208. Ce sont : la relation contractuelle, la communauté d'intérêts, l'obligation d'apport et droit de propriété, la gestion conjointe, la recherche de profits, la participation aux profits, l'objectif et la durée limitée.

209. *Meyers c. Royal Bank of Canada*, [1989] R.J.Q. 514, [1991] 33 Q.A.C. 317. Toutefois, deux décisions plus récentes de la Cour suprême, sans véritablement qualifier, laissent entendre que la coentreprise est un type de contrat distinct : *Cie des Chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021 ; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210, REJB 1997-04088.

210. *Howard Edde inc. c. N. McCubbin Consultants inc.*, J.E. 94-835 (C.S.). Voir aussi : *Développements de la Haute Gatineau inc. c. 2687461 Canada inc.*, J.E. 94-1692 (C.S.) (règlement hors cour en appel).

De son côté, le contrat de subordination, issu de la common law, ne se réfère de près ou de loin à aucune convention du Code civil. Dans le contexte de cette entente, un créancier garanti reconnaît le droit à un second créancier d'être payé avant lui en tout ou en partie. La Cour d'appel a reconnu d'emblée que c'était là un instrument de crédit d'usage courant réglementé dans les autres provinces canadiennes mais pas au Québec. Par conséquent, il s'agit d'un contrat « innommé de nature protéiforme²¹¹ ». En effet, l'obligation essentielle de ce contrat, c'est-à-dire suspendre l'exécution de ses droits en faveur d'un tiers, ne rapproche la convention d'aucun modèle connu²¹². De plus, les parties à un tel contrat n'ont pas simplement modifié un contrat existant. Elles ont créé de toutes pièces une convention répondant à leurs besoins.

Le contrat de cogestion peut aussi créer un réseau d'obligations qui ne se rapproche d'aucune institution connue du Code civil. Dans l'affaire *D.M.C. Soudure inc. c. Équipements industriels Robert ltée*²¹³, l'entreprise D.M.C. conclut un contrat avec Inmet prévoyant, entre autres, la démolition d'installations minières en contrepartie de quoi elle tentera de faire des profits avec la vente des débris. L'entreprise D.M.C. conclura une seconde entente avec Robert, autre entreprise spécialisée en démolition, prévoyant la participation de cette dernière aux travaux en contrepartie de la cession d'une partie des droits du premier contrat. En principe, les deux parties doivent gérer les travaux ensemble. Lorsqu'un litige éclate entre les entreprises D.M.C. et Robert sur des montants qu'elles se doivent au terme des travaux, le tribunal doit qualifier l'entente. Pour D.M.C., c'est un contrat de service et pour Robert, une société en participation. Le tribunal conclut qu'il ne s'agit d'aucun des deux. Il n'y a en effet aucune relation client-prestataire dans les limites du contrat, excluant le contrat de service. De plus, aucun bénéfice n'est réalisé en commun selon les modalités du contrat, ce qui exclut la société. Le tribunal conclut alors à l'existence d'un contrat innommé en vue de la gestion commune des travaux et de la cession partielle de droits résultant d'un autre contrat. Bien que le tribunal ne le mentionne pas expressément, nous observons que les parties ont

211. *Mérisel Canada Inc. c. 2862565 Canada Inc.*, [2002] R.J.Q. 671, par. 10 (C.A.), [2002] J.Q. n° 446 (QL/LN).

212. Nous pouvons cependant constater un certain lien avec le cautionnement, les deux institutions découlant d'une même intention de base: l'intervention d'un tiers afin de garantir le paiement du débiteur. Cependant, il s'agit bien de deux concepts distincts: *Garage D & D inc. c. Marois*, 2006 QCCQ 15229, par. 42, EYB 2006-113402.

213. *D.M.C. Soudure inc. c. Équipements industriels Robert ltée*, J.E. 2004-569 (C.S.), [2004] J.Q. n° 1550 (QL/LN).

créé un réseau d'obligations propres à leur situation. Elles ne cherchaient aucunement à modifier un modèle connu.

Il existe divers autres exemples de ce genre d'innommé²¹⁴. Ainsi, le contrat de parrainage publicitaire cadre mal avec les modèles connus²¹⁵. Dans une telle entente, une entreprise accepte de commanditer un artiste ou un athlète dont les activités nécessitent un financement. En contrepartie, le bénéficiaire peut accepter, notamment, de faire certaines apparitions publiques, de porter certains vêtements. Il sera difficile dans ce cas d'y voir un contrat de prêt, une donation ou un contrat de travail. Même le contrat de service semble peu adapté à cette réalité, une relation prestataire-client n'étant pas vraiment présente. Il semble qu'il faille davantage parler d'une création originale. Il faut cependant réitérer que tous les contrats de parrainage ne seront pas automatiquement innommés. Par exemple, si l'analyse d'un contrat spécifique prévoit uniquement le paiement du commanditaire en échange d'une série de conférences préparées par un athlète, il sera aisé d'y voir un contrat de service.

En matière de financement, nous pourrions aussi discuter des garanties autonomes ou des garanties à première demande²¹⁶. Cet outil de financement, originaire des États-Unis, répondait à un besoin des financiers qui voulaient minimiser les risques de contestation des cautions. Par ailleurs, l'engagement des banques américaines ne pouvait être complet dans certains financements, étant donné l'interdiction qui leur est faite de se porter caution. Un nouveau mécanisme de garantie a donc été créé qui, lui, est entièrement indépendant de la dette que les parties veulent garantir. Ainsi, c'est essentiellement un engagement de payer une somme déterminée, donné à l'occasion et en garantie d'une opération économique mais rendu indépendant de cette opération par l'opposabilité au bénéficiaire des exceptions inhérentes à cette opération²¹⁷. Les tribunaux considèrent généralement qu'il s'agit d'un contrat innommé²¹⁸. En effet, cette création originale ne peut aucunement être rapprochée du cautionnement étant donné que la garantie n'est l'accessoire d'aucun autre contrat.

214. Voir divers exemples cités dans : Dominique GRILLET-PONTON, « Nouveau regard sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle », D. 2000.chron.331, 331.

215. D. ROSKIS, préc., note 78.

216. À ce sujet : Marc LACOURSIÈRE, « La nature juridique de la garantie bancaire indépendante », dans *Repères*, mars 2006, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2006REP437.

217. Michel CABRILLAC et Christian MOULY, *Droit des sûretés*, 7^e éd., Paris, Litec, 2004, p. 331.

218. Charles MOUMOUNI, « Le régime juridique et les clauses essentielles du contrat de garantie bancaire "à première demande" », (1997) 31 *R.J.T.* 781.

Ces quelques exemples démontrent clairement l'inventivité des juristes placés devant des situations concrètes et l'utilité de l'innommé en cas de besoins spécifiques. Il serait donc fort présomptueux de croire que toutes les formes contractuelles sont connues. Il faut plutôt admettre le fait que les classifications existantes ne prévoient pas toutes les possibilités. D'où, une fois encore, l'utilité d'un procédé de qualification qui laisse une porte ouverte à cette éventualité.

Conclusion

Tout processus de qualification du contrat doit, dans un premier temps, s'attacher à la hiérarchisation des obligations. Il faut mettre en évidence l'obligation ou les obligations essentielles ou encore les prestations caractéristiques qui donnent sa couleur au contrat et, en conséquence, sa nature. C'est dans un second temps que la qualification prend tout son sens, lorsque le juriste appose une étiquette au contrat à l'étude.

En effet, lorsque l'analyse des obligations est terminée, le juriste peut choisir entre les qualifications nommées et innommées. Même si l'interprète doit favoriser une qualification unitaire en associant le contrat à l'étude à un seul régime nommé, il ne peut trahir la réalité d'un réseau complexe d'obligations qui ferait appel à plusieurs régimes distincts. Est ainsi exposée la limite floue entre le simple contrat nommé et le contrat mixte. Or, la distinction est capitale. Le contrat de courtage immobilier se voit-il imposer les seules règles du contrat de service ou faut-il aussi y appliquer les règles du mandat lorsqu'elles sont pertinentes ? La distinction peut être vue dans la hiérarchie entre les différentes obligations. Existe-t-il une obligation fondamentale à laquelle se greffent des obligations accessoires qui prennent la nature de la première ? Au contraire, est-il question de plusieurs obligations fondamentales relevant de régimes différents ? Bien qu'il demeure encore ici une certaine part de subjectivité de la part du juge qui procède à la qualification, ce dernier dispose d'un cadre de référence permettant de fonder une décision.

Par ailleurs, nous devons constater en jurisprudence une certaine polarisation autour des qualifications nommées. En effet, les tribunaux semblent conclure plus facilement au rapprochement avec les modèles connus. Il serait évidemment tentant d'y voir un souci de ne pas se soustraire trop facilement aux règles juridiques précisément prévues pour ces contrats. Toutefois, l'empressement des tribunaux à appliquer les contrats connus s'explique peut-être par l'absence d'un processus systématique de

qualification des contrats. Les jugements dans lesquels le tribunal procède à la qualification contractuelle sont sommaires et disparates dans la méthode. Une démarche plus structurée a peut-être été amorcée par la jurisprudence récente qui reconnaît dorénavant la nécessité d'une analyse sérieuse²¹⁹.

Après avoir épuisé toutes les options liées aux qualifications nommées, la qualification innommée sera envisagée. Ce type de convention, rejetant de principe toute forme établie, devrait être reconnu au cas par cas. Il nous semble périlleux de créer des catégories de contrats innommés, tout comme il nous paraît imprécis de prétendre que tous les contrats de franchise ou tous les contrats d'approvisionnement sont innommés. Nous reconnaissons toutefois que l'innommé origine de deux phénomènes distincts : soit il est le pur résultat de l'imagination des justiciables, soit il constitue une variation des modèles nommés connus. À cet égard, la frontière entre le contrat mixte et le contrat innommé sera souvent incertaine. À partir de quel moment le contrat complexe fusionne-t-il les obligations convenues à un point tel qu'il n'est plus possible de reconnaître les modèles nommés desquels elles sont issues ? Est alors nécessaire un alliage des obligations qui dépasse la simple superposition de contrats différents.

Il faut par ailleurs décourager une certaine tendance des tribunaux à admettre l'innommé trop difficilement. Rien n'empêche les parties, sous réserve des règles d'ordre public, de vouloir échapper aux contrats nommés. Elles demeurent les seuls maîtres des obligations auxquelles elles souscrivent. Toutefois, le principe d'autonomie de la volonté, pourtant bien établi en droit civil, devient très relatif en matière de qualification, compte tenu de la réglementation croissante et de l'empressement des juges à en répandre l'application. Voilà pourquoi certains ont parlé du « déclin » du contrat²²⁰. Or, derrière cette apparence d'application systématique du contrat nommé se cache toutefois une vitalité renouvelée. Le contrat mixte et le contrat innommé gagnent du terrain en droit québécois, peut-être justement en réaction aux interventions législatives de plus en plus nombreuses. Si cette réaction des justiciables devait s'intensifier, deux conséquences seraient envisageables : une intervention accrue du législateur ou une déréglementation du domaine des contrats puisque de plus en plus de transactions ne seraient pas visées par des régimes spéciaux.

L'ensemble des considérations liées au processus de qualification des contrats reflète quelques-uns des outils à la disposition des juristes pour la

219. *Entreprises Piertrem (1989) inc. c. Pomerleau Les bateaux inc.*, préc., note 15, par. 53.

220. L. CADIET, préc., note 7, à la page 14 ; Pierre-Gabriel JOBIN, « La modernité du droit commun des contrats dans le *Code civil du Québec* : quelle modernité ? », (2000) 52 *R.I.D.C.* 49, 74.

détermination de la nature juridique des conventions. Il ne faudrait toutefois pas penser que ce procédé de qualification est immuable. Tout comme nul ne saurait imaginer que les justiciables ont déjà créé tous les genres de contrats possibles, il ne faudrait pas ignorer que le processus est susceptible d'évoluer ou d'être affiné en fonction de besoins spécifiques²²¹. Par exemple, le droit civil s'est encore relativement peu intéressé au phénomène du groupe de contrats²²². Il en est encore à définir l'influence d'un contrat sur un autre lorsqu'ils font partie d'un ensemble important d'obligations existantes entre les parties. Serait-il concevable que les différents contrats d'un groupe aient une influence sur leur qualification respective ? Si oui, à quelles conditions ? Force nous est donc de constater qu'il ne saurait être question de parler d'un dogme de la qualification contractuelle, celle-ci devant pouvoir évoluer avec l'avancement de la science juridique.

221. X. HENRY, préc., note 5, p. 1827.

222. Bernard TEYSSIÉ, *Les groupes de contrats*, coll. «Bibliothèque de droit privé», Paris, L.G.D.J., 1975 : le groupe de contrats est une fiction juridique qui a été mise en évidence par la doctrine française durant les années 70. Des auteurs ont ainsi voulu établir une théorie autour des contrats qui, bien qu'ils soient liés entre eux, conservent leur individualité.

ANNEXE
Contrats innommés reconnus par la jurisprudence québécoise⁺

Contrat	Référence
Affacturage (Contrat d')	<i>Lacharité Apparel (1989) inc. c. Société de crédit commercial GMAC-Canada</i> , [2000] J.Q. n° 3259 (C.S.) (QL/LN)
Affiliation équivalent au contrat de franchise (Contrat d')	<i>Supermarché A.R.G. Inc. c. Provigo Distribution Inc.</i> , [1995] R.J.Q. 464 (C.S.); [1998] R.J.Q. 47 (C.A.)
Agence, distribution (Contrat d')	<i>Universal Paper Export Co. v. Tembec inc.</i> , [2001] Q.J. n° 5227, par. 70 (C.S.) (LN/QL) <i>D.I.T. Équipements inc. c. Conceptions S.N. Vena inc.</i> , 2006 QCCS 3711, EYB 2006-107585
Agent manufacturier (Contrat d')	<i>Jobin c. Bertrand Croft inc.</i> , [2001] J.Q. n° 3225 (C.S.) (QL/LN)
Alimentaire (Contrat)	<i>P.M.R. (Succession de) c. C.G.</i> , [2001] R.J.Q. 1542 (C.S.), [2001] J.Q. n° 2958 (QL/LN)
Allocation (Contrat d')	<i>Harpin (Syndic de) c. Québec (Régie de l'assurance maladie)</i> , [2002] R.J.Q. 1921 (C.S.), [2002] J.Q. n° 1406 (QL/LN)
Approvisionnement (Contrat d')	<i>Aliments Trigone Inc. c. Aux Mille et une Saisons Inc.</i> , 2006 QCCQ 11445, EYB 2006-110936
Bail en propriété	<i>Delbuguet c. La Cour du Québec</i> , [2004] R.J.Q. 2241 (C.S.), [2004] J.Q. n° 7371 (QL/LN)
Câblodistribution (Contrat de)	<i>Plouffe c. Câblevision nationale Ltée</i> , [1982] C.S. 257
Cession-bail (Contrat de)	<i>Senza inc. c. Québec (Sous-ministre du Revenu)</i> , 2007 QCCA 1335, EYB 2007-124634
Chèques-cadeaux (Contrat de)	<i>Pharmascience inc. c. Rona inc.</i> , 2007 QCCQ 11007, EYB 2007-124748
Choix d'un emplacement (Contrat en vue du)	<i>Royal LePage commercial inc. c. Degrémont Infilco Ltée</i> , [2001] R.D.I. 461 (C.S.), [2001] J.Q. n° 1778 (QL/LN)

+ Il ne saurait évidemment s'agir d'une liste exhaustive. Nous voulons plutôt attirer l'attention sur certaines décisions où la qualification a fait l'objet d'un minimum de discussion. Nous voulons également sensibiliser le lecteur au fait que le contrat innommé est toujours actuel en droit québécois. Nous nous concentrons sur la jurisprudence rendue après 1994 afin de souligner que la définition élargie du contrat d'entreprise ou de service n'a pas fait oublier la notion. Toutefois, certaines décisions antérieures demeurent, à notre sens, pertinentes.

Contrat	Référence
Coentreprise (<i>joint venture</i>) (Contrat de)	<i>Howard Edde Inc. c. N. McCubbin Consultants Inc.</i> , J.E. 94-835 (C.S.)
Cogestion (Contrat de)	<i>D.M.C. Soudure inc. c. Équipements industriels Robert ltée</i> , J.E. 2004-569 (C.S.), [2004] J.Q. n° 1550 (QL/LN)
Compagnonnage (Contrat permettant le service de)	<i>Martin c. Trizec Equities Ltée</i> , J.E. 92-1262 (C.S.)
Consignation (Contrat de)	<i>Trizec Equities Ltd. c. Hassine</i> , [1982] C.S. 1141 <i>Entreprises Piertrem (1989) inc. c. Pomerleau Les bateaux inc.</i> , 2007 QCCA 759
Contrat-cadre de location	<i>Produits forestiers Labrieville inc. c. Banque Nationale du Canada</i> , J.E. 2004-1895 (C.S.), [2004] J.Q. n° 9205 (QL/LN)
Contrat-cadre lié à la confection de vêtements	<i>E. & S. Salsberg Inc. c. Dylex Ltd.</i> , [1992] R.J.Q. 2445 (C.A.)
Contrat préconstitutif	<i>Monterosso c. Andreopoulos</i> , [1987] R.D.I. 373 (C.A.), [1987] J.Q. n° 1419 (QL/LN)
Contrat relatif à un certificat de dépôt laissé en garantie	<i>Placements L.E.O. Inc. c. Banque Nationale du Canada</i> , [1984] C.S. 761
Courtage (gaz naturel) (Contrat de)	<i>2854163 Canada Inc. c. Northridge Petroleum Marketing Inc.</i> , [1996] J.Q. n° 3248 (C.S.) (QL/LN)
Garantie en faveur du débiteur (Contrat de)	<i>Banque nationale du Canada c. Amos Aviation Ltée</i> , [1985] C.P. 111
Délivrance d'un permis (Contrat de)	<i>Piard c. Bourse de Montréal</i> , 2008 QCCS 728, EYB 2008-130413
Démarchage (Contrat de)	<i>Demers, Giraud & associés, société-conseil inc. c. Dominion Textile inc.</i> , [2000] R.J.Q. 3012 (C.S.) <i>139140 Canada inc. c. Multiformation Canada ltée</i> , [2004] R.D.Q. n° 1125 (C.S.), EYB 2004-81935
Distribution (Contrat de)	<i>Dami Sport Co. Ltd. c. Sun Ice Ltd.</i> , [1993] R.R.A. 379 (C.S.) <i>Conexsys Systems inc. c. Aime Star Marketing inc.</i> , [2003] R.J.Q. 2875 (C.S.)
Droit d'habitation (en fonction d'un contrat de travail)	<i>Thériault c. U. Tomassini & Frères Ltée</i> , [1996] J.L. 99 (C.S.), [1995] J.Q. n° 1066 (QL/LN)
Engraissement de veaux (Contrat pour l')	<i>Entreprises Mière inc. c. Moreault</i> , 2007 QCCS 1121, EYB 2007-112379

Contrat	Référence
Exploitation d'une cafétéria (Contrat pour l')	<i>Langevin-Fournier c. W.C.I. Canada inc.</i> , REJB 2001-27183 (C.A.)
Exploitation d'un site d'enfouissement (Contrat pour l')	<i>Carignan c. La Visitation de Champlain (Municipalité)</i> , [1996] J.Q. n° 3964 (C.A.) (QL/LN)
Fourniture de biens (Contrat de)	<i>Xerox Canada ltée c. Pathfinder Marine inc.</i> , [1999] J.Q. n° 282 (C.S.) (QL/LN)
Fourniture de guichet automatique (Contrat de)	<i>Ezee Atm LP c. 9116-5423 Québec inc.</i> , [2005] R.D.Q. n° 7026 (C.S.), B.E. 2006BE-214
Fourniture de salles opératoires (Contrat de)	<i>Pitl c. Tessier</i> , J.E. 99-1160 (C.S.), [1999] J.Q. n° 1618 (QL/LN)
Fourniture d'un studio (Contrat pour la)	<i>La Maison grise de Montréal c. Comtois</i> , [2003] J.L. 196 (C.Q.), J.E. 2003-1282, [2003] J.Q. n° 5379 (QL/LN).
Franchise (Contrat de)	<i>2328-4938 Québec inc. c. Naturiste J.M.B. inc.</i> , [2000] R.J.Q. 2607 (C.S.)
Hébergement et entraînement d'un cheval (Contrat d')	<i>Flanagan c. Turenne</i> , [1989] R.R.A. 69 (C.S.)
Investissement (Contrat d')	<i>Sobeys Québec inc. c. Placements G.M.R. Maltais inc.</i> , J.E. 2000-1425 (C.S.), REJB 2000-20135
Licence (Contrat de)	<i>I.G.U. (Ingraph) inc. c. L.B.G.P. Consultants inc.</i> , [1990] J.Q. n° 1266 (C.S.) (QL/LN) <i>Unicel inc. c. Contalitec Informatique inc.</i> , J.E. 94-1910 (C.Q.)
Opération (Contrat d')	<i>Ricard c. Ouellet</i> , [2004] J.Q. n° 839 (C.S.) (QL/LN)
Paiement solidaire (Contrat prévoyant le)	<i>Plamondon c. Fréchette</i> , 2007 QCCS 4044, EYB 2007-123411 (règlement en appel)
Parrainage (Contrat de)	<i>Québec (Procureur général) c. Nicolas</i> , [1996] R.J.Q. 1679 (C.S.), [1996] J.Q. n° 265 (QL/LN) <i>Québec (Procureur général) c. Kechichian</i> , [2000] R.J.Q. 1730 (C.A.), [2000] J.Q. n° 2049 (QL/LN) <i>Gustave c. Québec (Ministre de l'Emploi et de la Solidarité)</i> , J.E. 2001-1469 (C.S.), [2001] J.Q. n° 2866 (QL/LN)
Partage de biens entre époux (Contrat de)	<i>Droit de la famille-1223</i> , [1989] R.D.F. 126 (C.S.)
Partage de dépenses (Contrat de)	<i>Canuel c. Fournier</i> , [1990] R.J.Q. 2253 (C.S.)

Contrat	Référence
Partage de services (Contrat de)	<i>Thibaudeau c. Nahmias</i> , J.E. 2004-431 (C.A.), [2004] J.Q. n° 615 (QL/LN)
Plan de régime de retraite	<i>Châteauneuf c. TSCO of Canada Ltd.</i> , [1995] R.J.Q. 637 (C.A.)
Reconnaissance de dette conditionnelle à la passation d'un contrat (Contrat incluant une)	<i>Letellier c. Century 21 Citadelle ltée</i> , [1990] R.D.I. 42 (C.S.)
Remboursement d'améliorations locatives (Contrat pour le)	<i>Perreault c. Kraft</i> , [2004] J.Q. n° 10227 (C.Q.) (QL/LN)
Remise d'un montant d'argent en guise de garantie (Contrat pour la)	<i>D.I.M.S. Construction inc. (Syndic de) c. Cie d'assurance Jevco</i> , J.E. 2000-1737 (C.S.), [2000] J.Q. n° 6599 (QL/LN)
Réparation et de garde d'un bateau (Contrat de)	<i>Cousineau c. 9021-7472 Québec inc.</i> , [2001] J.Q. n° 1921 (C.Q.) (QL/LN)
Réservation d'un local (Contrat pour la)	<i>2635-2377 Québec Inc. c. RJR-MacDonald Inc.</i> , [1997] J.Q. n° 302 (C.S.) (QL/LN)
Société nominale (Contrat de)	<i>Sirois c. Tanguay</i> , 2008 QCCS 3593, EYB 2008-145139 (appel rejeté sur requête, 2008 QCCA 1304)
Sollicitation de réclames publicitaires (Contrat pour la)	<i>Université de Sherbrooke c. Lambert Communications inc.</i> , 2007 QCCS 5926, EYB 2007-127528
Subordination (Contrat de)	<i>Mérisel Canada Inc. c. 2862565 Canada Inc.</i> , [2002] R.J.Q. 671 (C.A.), [2002] J.Q. n° 446 (QL/LN) <i>Garage D & D inc. c. Marois</i> , 2006 QCCQ 15229, EYB 2006-113402
Transfert d'un terrain entre concubins (Contrat pour le)	<i>Bilodeau c. Dion</i> , [1986] R.D.I. 150 (C.S.)
Trust	<i>Mascaro c. Giglio</i> , [1991] R.D.I. 33 (C.A.), [1990] J.Q. n° 2121 (QL/LN)
Universitaire (Contrat)	<i>Fédération des médecins résidents du Québec c. Université de Montréal</i> , [1994] R.J.Q. 1650 (C.S.), [1994] J.Q. n° 2259 (QL/LN); [1997] R.J.Q. (C.A.), 1832 [1997] J.Q. n° 1823 (QL/LN)
Usage d'un immeuble aux fins de construction sur un immeuble voisin (Contrat d')	<i>2863146 Canada inc. c. Fraternité des policières et policiers de Montréal</i> , 2006 QCCS 5446, EYB 2006-111807
Vote entre actionnaires (Convention de)	<i>Birks c. Birks</i> , [1983] C.A. 485